

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00752 -01.

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado Jurisdiccional de Consulta la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **IRMA YANETH AYALA PINZÓN** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “*nulidad*” por ineficacia de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad de los aportes obrantes en la cuenta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00752 -01.

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

de ahorro individual, rendimientos, bono pensional, y gastos de administración; y que COLPENSIONES active su afiliación sin solución de continuidad, que reciba la totalidad de los valores percibidos por el fondo privado.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 108 a 141), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

Adujo que la accionante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación; que a las personas que les hace falta menos de 10 años para alcanzar la edad pensional, no pueden cambiar de régimen pensional, lo que encuentra asidero en el principio de la sostenibilidad financiera; y que la actora no era beneficiaria del régimen de transición ni contaba con 750 semanas al 01 de abril de 1994, para que pudiera retornar en cualquier tiempo a COLPENSIONES.

Señaló que la accionante incumplió con sus deberes como consumidor financiero, ya que, debía informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, leer y revisar los términos de los formularios de afiliación, entre otras.

Finalmente, indicó que la tesis de la Corte Suprema de Justicia respecto de la prescripción, no tiene relación con el caso del debate, pues lo que se debate es la extinción de la posibilidad de controvertir el acto de traslado de régimen.

**PROTECCIÓN S.A.** (fls. 224 a 259), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

Indicó que la demandante suscribió formulario de afiliación mediante el que manifestó su voluntad de estar en el R.A.I.S., suscribiéndolo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento; que brindó una asesoría completa, clara y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación.

Adujo que no se incurrió en error, ya que la actora se afilió de forma voluntaria, por demás que ésta es una persona con capacidad de entendimiento por lo que cuenta con todas las

herramientas necesarias para tomar una decisión sobre su futuro pensional, por demás que la demandante conocía plenamente la especie u objeto del negocio, la calidad del objeto, y la persona, dado que fue informada suficientemente sobre las calidades del régimen y las consecuencias del mismo; que el error de derecho no vicia el consentimiento; que jamás ha ejercido fuerza o presión sobre una persona para que se afilie al fondo; y que la variación en el monto de la mesada no vicia el consentimiento.

Finalmente, explicó que la accionante no hizo uso del derecho retracto; que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, teniendo en cuenta que la actora fue objeto de dos asesorías, optando por su cuenta a permanecer en el R.A.I.S.; que era obligación de la demandante según el Estatuto del Consumidor Financiero informarse sobre los productos o servicios que pensaba adquirir y revisar los términos y condiciones del respectivo contrato; que el término de prescripción inicia desde el momento que se suscribe el acto o contrato, esto es, desde la suscripción del formulario de afiliación- 18 de abril de 1994-, habiendo transcurridos más de los cuatro años de que trata el artículo 1750 del C.C.; que de accederse al traslado la actora se beneficiara de un régimen respecto del cual no cotizó en gran parte de su vida laboral; que no es dable ordenar a la demandada devolver los rendimientos, la comisión de administración, y el seguro previsional, toda vez que se tratan de prestaciones ya acaecidas, y que en virtud del principio de las restituciones mutuas no posible trasladar.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de abril de 2021, en la que **declaró la ineficacia del traslado** de régimen de la demandante al R.A.I.S, condenado en consecuencia a la A.F.P.PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la actora,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00752 -01.

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

junto con los rendimientos financieros, y los gastos de administración a cargo a sus propias utilidades y a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A. todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidado en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas. Costas a cargo de PROTECCION S.A.

En síntesis, refirió que conforme a jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde su fundación las administradoras de pensiones están obligadas a brindar a los usuarios la información transparente y necesaria para que los posibles afiliados puedan hacer juicios claros y objetivos acerca de los fondos de pensiones, y escoger las mejores opciones del mercado, según Ley 100 de 1993 y Estatuto Financiero; que la carga de acreditar que se suministró el deber de información recae en el fondo privado; y que el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad es uno solo, independiente de los múltiples traslados que se hubiere podido efectuar dentro del último, de manera que si resulta ineficaz la primera afiliación, las posteriores no convalidan su decisión de trasladarse.

Indicó que las pruebas son insuficientes para establecer que a la actora se le informó en debida forma las consecuencias de su traslado de régimen, ya que, el formulario de afiliación es insuficiente para determinar que se cumplió con el deber de información según jurisprudencia del órgano de cierre, pues con este no se logra colegir que se suministró una debida información por parte del fondo privado, y las reasesorías brindadas en febrero y mayo de 2012, no bastan para sanear las insuficiencias que se presentaron al momento del cambio de régimen; y que no se puede tener por convalidado su afiliación al R.A.I.S. por haberse trasladado de Colmena A.F.P. a PROTECCIÓN S.A., ya que, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, el efectuarse múltiples traslados, no convalida la afiliación.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **COLPENSIONES**

Indicó que no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la demandante; que el traslado de la actora generaría la descapitalización del sistema financiero, poniendo en riesgo los aportes de las pensiones que sí han efectuado sus cotizaciones en el régimen de prima media; que al ser el fondo privado quien efectuó el daño, es éste el llamado a asumir su resarcimiento, pues a quien le asistía el deber de brindar una información veraz y oportuna era a PROTECCIÓN S.A.; que se debe garantizar el reintegro de todos los valores que tenía PROTECCIÓN S.A., tales como aportes, cuotas abonadas a fondos de pensión de garantía mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, y gastos de administración; y que se debe tener en cuenta el principio de relatividad jurídica, por lo que, no puede ser afectada ni beneficiada con la decisión del A Quo.

##### **PROTECCIÓN S.A.**

Adujo que no es dable devolver cuotas de administración, ya que, existió una excelente gestión del fondo, por demás que generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y se estaría desconociendo el derecho a las restituciones mutuas; que las cuotas de administración tienen una naturaleza diferente a la pensión, por lo que se podría hablar de su prescripción parcial, aunado a que son cobradas como un perjuicio, y este no se demostró.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de COLPENSIONES y de la parte actora para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si devino en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **INEFICACIA DEL TRASLADO.**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008,

33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que

garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

**a) Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

		afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regimenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:**

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“...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 desfavor de los consumidores financieros.

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores,** quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,** la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de

información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”

(...)

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...).”

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00752 -01.

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

#### **Caso concreto.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 12 de noviembre de 1985 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 102 a 107; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. el 18 de abril de 1994 (fl.18); **iii)** El 01 de noviembre de 1996 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. (fl.21); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 10 y 17 de julio de 2019, ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls. 3 a 10 y 14 a 17).

A folio 18 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18 de abril de 1994 con Cesantías y Pensiones Colmena PROTECCIÓN S.A., el cual si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167: " *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*"

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, conforme las consideraciones jurisprudenciales extensamente expuestas, es menester tener en cuenta que con las reasesorías brindada por PROTECCIÓN S.A. el 13 de febrero y el 24 de mayo de 2012 obrantes a folios 153 a 157 y a la que alusión la accionante en su interrogatorio de parte, tampoco logra los efectos anhelados con la apelación porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la

negligencia de la actora al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, lo que implica que la accionante debe retornar al estado original antes de la afiliación con Cesantías y Pensiones Colmena, de manera que, **COLPENSIONES pese a no participar en el acto de traslado está obligada a recibirla**, pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado.

Igualmente, frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo es la coacción o presión, resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.”

Por las razones anteriormente expuestas, la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, motivo por el CONFIRMARÁ la declaración de la ineficacia del acto de traslado de Irma Yaneth Ayala Pinzón del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otra parte, y como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente **ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales.** Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

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

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“... Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con

prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado le asiste razón a COLPENSIONES al solicitar la totalidad de los rubros que debe ingresar a su favor, tales como aportes, bonos pensionales, valores pagados por concepto de seguros previsionales y gastos de administración, y sumas adicionales de la aseguradora; rubros que deben reconocerse debidamente indexados, pues al existir una conducta indebida de la administradora, ésta debe asumir tal rubro a cargo de su propio patrimonio conforme al precedente expuesto. Aunado a ello, los montos aludidos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social y con ellos se financiará la pensión de la accionante, por lo que en aras de preservar la financiación de tal prestación.

En consecuencia, considera la Sala necesario **MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia**, en el sentido de **ADICIONARLA**, para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos y gastos de administración, se encuentran **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00752 -01.

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Al punto, se aclara que se impone la condena de que los gastos de administración se deberán trasladar debidamente indexados, como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y tal como se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en las providencias SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, tal como ya lo estudio la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, según la cual, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-009-2019-00752 -01.

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los valores pagados por concepto de seguros previsionales, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. No se imponen a COLPENSIONES, por cuanto no participó en el acto de traslado de la señora Irma Yaneth Ayala Pinzón.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que dentro de los valores que debe trasladar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos y gastos de

Demandante: **IRMA YANETH AYALA PINZÓN.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

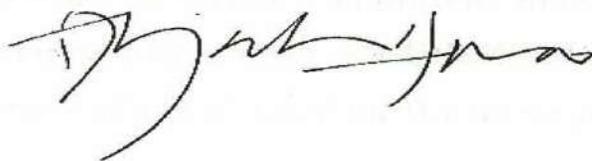
administración, se encuentran **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

**SEGUNDO.** - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia

**TERCERO.** -.Costas en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

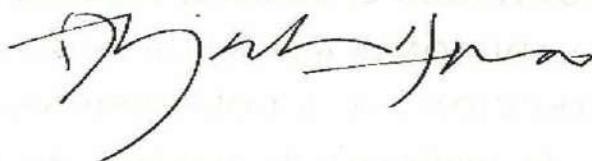


**DAVID A.J. CORREA STEER**

*Aclaro Voto!*

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuestos en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **SALUD TOTAL E.P.S.**, promoviese contra la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- A.D.R.E.S.**, y **OTROS.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la entidad demandante pretende el reconocimiento y pago de los daños antijurídicos causados a SALUD TOTAL E.P.S.-S S.A. como consecuencia del no pago del valor recobrado, por la suma de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

\$562.729.922, por la prestación de servicios de salud, tales como, medicamentos, insumos, procedimientos y transportes NO POS. Igualmente, solicita intereses moratorios, indexación, y gastos de administración.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta los siguientes hechos: **1)** En cumplimiento de órdenes judiciales y Actas de Comité Técnico Científicas se vio en la obligación de prestar servicios por concepto de medicamentos, insumos, procedimientos y transportes que se encuentran excluidos del P.O.S.; y **2)** Radicó las correspondientes cuentas de cobro, sin embargo, fueron glosadas, circunstancia con la que se le está ocasionado un daño antijurídico.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.**

### **1. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

**UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y/o UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 a través de Carjaval Tecnología y Servicios S.A.S., Servis Outsourcing Informático S.A.S., y Grupo de Asesoría en Sistematización de Datos S.A.S.** (fls. 227 a 452), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, las que denominó limitación de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral para resolver sobre la responsabilidad de las sociedades que conforman la Unión Temporal Nuevo Fosyga y/o Unión Temporal Fosyga 2014; inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de las uniones temporales Nuevo Fosyga y Fosyga 2014; inexistencia de solidaridad; indebida acumulación de pretensiones; cumplimiento estricto de obligaciones en orden legal y contractual; no configuración de daño antijurídico; inexistencia de culpa en cabeza de la unión temporal Nuevo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

Fosyga y/o la unión temporal Fosyga 2014; inexistencia de desequilibrio económico de la relación Estado- E.P.S.; culpa exclusiva de la víctima; inexistencia de enriquecimiento sin justa causa; inexistencia del rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas; improcedencia de reconocimiento de interés de mora u otras sanciones pecuniarias; prescripción; y pago.

No se aceptó ningún hecho. Adujo que la Unión Temporal Fosyga 2014 y Unión Temporal Nuevo Fosyga no disponen sobre los recursos del Fosyga, son con las personas que se surte la auditoría en salud, jurídica, y financiera.

Explicó que el resultado de la auditoría no fue favorable a la demandante, pues se presentaron los recobros sin el lleno de requisitos exigidos por la normatividad vigente (Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, Resoluciones 3099 de 2018 y 832 de 2013, y Decretos Ley 1281 de 2002 y 019 de 2012); que existe una alta probabilidad que los recobros presentados como glosa transversal ya hubieren sido pagados; que no hay lugar a ordenar intereses moratorios, ya que no se dio cumplimiento al término para presentar las facturas de que trata la Ley 1281 de 2002; y que no es dable imponer gastos de administración, puesto que la falta de pago de los recobros que se solicitan obedecen a razones exclusivas de la E.P.S. demandante.

Manifestó que las facturas fueron glosadas principalmente por las siguientes razones: extemporaneidad; el medicamento no correspondía a lo ordenado por el fallo de tutela o el autorizado por el C.T.C.; no se anexó la factura; no se adjuntó fallo de tutela o acta del C.T.C.; el recobro no corresponde al facturado; no hay evidencia de la entrega del medicamento, servicios médicos o que se hubiere prestado el servicio médico; no se cumple con lo estatuido en el literal c) del Estatuto Tributario; el servicio se prestó con anterioridad al acta del C.T.C.; el usuario está registrado como fallecido; el recobro es objeto de investigación por autoridades judiciales; el usuario no aparece registrado en la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

base de datos única de afiliados – BUDA; existe error de cálculo del recobro; y los ítems incluidos en el recobro presentan alguna causal de rechazo o devolución.

**CONSORCIO SAYP 2011** (fls. 599 a 612) también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva por entrada de operación del A.D.R.E.S.; inexistencia de la obligación indemnizatoria, ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del Estado; inexistencia de responsabilidad solidaria del **CONSORCIO SAYP 2011**, respecto del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**; prescripción; y las innominadas.

No aceptó ningún hecho. Señaló que a partir del 01 de agosto de 2017, la A.D.R.E.S. asumió las obligaciones que estaban a su cargo, con lo que se extinguió su objeto y entró en estado de liquidación; que era un colaborador de la administración, limitándose sus obligaciones al cumplimiento del encargo fiduciario N° 467 de 2011.

Finalmente, mediante auto del 18 de septiembre de 2019 se tuvo por **NO CONTESTADA LA DEMANDADA** por parte de las **A.D.R.E.S.**

## **2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.**

**UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA** llamó en garantía a **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** (fls. 472 a 475), quien se opuso tanto a las pretensiones de la demanda como del llamamiento en garantía.

No aceptó ningún hecho de la demanda. Adujo que la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA** es la encargada del pago de facturas, pues ésta sólo realiza el estudio de las reclamaciones presentadas con el objetivo de verificar el cumplimiento de los requisitos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

legales de las facturas; y que bajo ninguna circunstancia UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOYSGA puede autorizar el pago y desembolso del dinero que se pretende, únicamente realiza el estudio de auditoría.

Señaló que si bien celebró un contrato con Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S., el que se instrumentalizó a través de la póliza 12/19043, y en el que el asegurado es la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, únicamente están cubiertos los actos erróneos en el proceso de auditoría, los que deben haber sido cometidos con posterioridad al inicio de la fecha de retroactividad que para esta póliza es el primer contrato firmado por Carvajal y la Unión Temporal con el Fosyga, 23 de diciembre de 2011; y que los hechos alegados en el proceso son posteriores a la fecha aludida, por demás que los hechos erróneos estuvieron en cabeza única y exclusivamente de SALUD TOTAL E.P.S.

**LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** hoy representado a través de la A.D.R.E.S (fls. 829 a 836), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción, y la innominada.

Aceptó que SALUD TOTAL E.P.S. prestó servicios por concepto de medicamentos, insumos, procedimientos, y transportes, como consecuencia de órdenes judiciales y decisiones plasmadas en las actas del C.T.C. No aceptó ningún hecho adicional.

Adujo que es la A.D.R.E.S. la entidad responsable de cualquier obligación a nombre del Fosyga; que debe tenerse presente que la prescripción de los recobros requeridos se extingue en el término de tres años.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

### **3. DESISTIMIENTO DE PARTES.**

En audiencia del 28 de julio de 2020, se aceptó el desistimiento de la demanda incoada contra CONSORCIO SAYP 2011, UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y/o UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. Posteriormente en audiencia del 06 de noviembre de 2020, se aceptó el desistimiento de la demanda incoada contra LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** así:

**PRIMERO: CONDENAR** a la A.D.R.E.S. a pagar a favor de la demandante la suma de \$74'455.374 divididos así:

- Por concepto de recobros de C.T.C., \$63'781.631
- Por recobros de tutela, \$10'673.743

**SEGUNDO: CONDENAR** a la A.D.R.E.S. a pagar a favor de SALUD TOTAL S.A. la indexación de los anteriores valores.

**TERCERO: ABSOLVER** a la A.D.R.E.S. de las demás súplicas de la demanda.

**CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por la A.D.R.E.S. por subrogación del Ministerio de Salud, en lo que tiene que ver con el objeto de condena, y parcialmente probada en lo que tiene que ver con caducidad respecto de recobros que fueron notificados con anterioridad al 27 de octubre de 2015.

**QUINTO: CONDENAR** en costas a A.D.R.E.S. señalándose como agencias en derecho la suma de \$1'800.000.

En síntesis, refirió que las normas que se tendrán en cuenta para determinar si las prestaciones requeridas estaban dentro del POS hoy plan de beneficios es el Acuerdo 09 de 2009 y 29 de 2011, así como la Resolución 3099 de 1998 y 2933 de 2006; que dentro de los principios que rigen el sistema de seguridad social en salud, se encuentra el de integralidad, el que permite que la

atención en salud se ha brindado de manera completa para lograr la recuperación o el tratamiento de un paciente; que al ser un proceso que era competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el término de prescripción que se debió tener en cuenta era de dos años, mismo plazo que se tiene para incoar la acción de reparación directa, conforme a lo establecido en el artículo 122 del Decreto 019 de 2012; que por lo anterior, se excluye la suma de \$259'294.576 por concepto de C.T.C. y \$117'150.326 por concepto de órdenes judiciales, quedando 53 recobros por C.T.C., y 125 por fallos de tutela; que los recobros 56168739, 95228397, y 25975867 están incluido en el POS, y el y 95231993 si bien no hace parte del POS, es un servicio prestado en 2009, por lo que, no era dable su recobro; que el recobro 25985916 y 26000489 se ordena un medicamento diferente al que es objeto de pago, por lo que, tampoco es posible ordenar su pago; que en los recobros 25975934 y 2599447 no fueron ordenados por sentencia de tutela; y que en el recobro 2599324 no se ordenó por orden de tutela el pago del Ensure que se solicita.

Indicó que no hay lugar al reconocimiento y pago de gastos de administración, como quiera que sólo son reconocibles cuando existan erogaciones en la U.P.C; y que hay lugar a la indexación de los valores objeto de condena, lo que no permite la aplicación de intereses moratorios al ser incompatibles.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **PARTE ACTORA.**

Indicó frente al término de prescripción que el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012 es una figura administrativa y no judicial referente al saneamiento que hacían las E.P.S. al momento de presentar sus recobros y se presentaban divergencias recurrentes, por demás que en varias sentencias del Tribunal Superior de Bogotá se ha determinado que el término prescriptivo es de tres años; que aunado a lo anterior, debe

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

tenerse la fecha de notificación de la glosa, septiembre de 2013 a enero de 2014, así como la fecha en que se celebró conciliación de glosas el 22 de octubre de 2015, y se demandó el 27 de octubre de 2015; que los recobros 25985916, 26000489, 25975934, 25993447, y 22999324, fueron excluidos porque no fueron ordenados por vía de tutela, no obstante, en esta se hace referencia a que el tratamiento debía ser integral; que el recobro 25975867 referente al servicio de ambulancia, sólo está cubierto cuando se da un traslado de pacientes entre I.P.S. de la red de servicios; y que el Decreto Ley 1281 de 2002 consagra la figura de los intereses moratorios, cuando se presentan glosas, cuando no se pagaron en su debido momento.

#### **A.D.R.E.S.**

Adujo que aún persisten las glosas que fueron impuestas por el ente auditor, las que obedecen a un proceso de auditoría que sigue los lineamientos de un manual para este fin, pues al no cumplirse con determinados requisitos no sería dable ordenar su pago.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de ambas partes, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a la Nación se verificarán las condenas impuestas.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir el término prescriptivo que debe ser tenido en cuenta en los procesos de recobros, si las glosas sobre las facturas objeto de cobro son infundadas, y si hay lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios.

Previo a abordar el estudio del mencionado problema jurídico, resulta necesario precisar, si bien la Sala, es del criterio de que los asuntos como el de autos, no son de competencia de la jurisdicción laboral, remitiendo los procesos para la jurisdicción competente con sustento en decisiones de nuestro Órgano de Cierre y por la Sala de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, lo cierto es que en el caso de marras no es posible seguir el mismo hilo conductor, por cuanto, la competencia del presente asunto ya fue dirimida por el Consejo Superior de la Judicatura, asignando la misma al Juzgado 12 Laboral del Circuito, mediante proveído del del 29 de junio de 2017 (fls. 87 a 98), lo que impide un nuevo pronunciamiento frente al tema.

---

<sup>1</sup> Decisiones APL1531 y APL3522 ambas de 2018 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, y del 11 abr. 2019, dictada dentro del rad. 25000 23 36 000 2016 01506 01 (62057) por la Sala de lo Contencioso Administrativo - Subsección A Sección Tercera del Consejo de Estado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

### **RECOBROS POR SERVICIOS NO POS.**

El recobro en salud consiste en la solicitud presentada por una entidad denominada recobrante a fin de obtener el pago de cuentas ya reconocidas y pagadas por concepto de servicios o tecnologías, cuyo suministro es garantizado a afiliados al régimen contributivo o subsidiado del sistema general de seguridad social en salud. En ese orden de ideas, el recobro es una respuesta del sistema de seguridad social en salud tendiente a que todos los habitantes del territorio nacional gocen de una protección integral en salud, pues permite que éstos accedan a determinados servicios o tecnologías que no están contempladas en el POS hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS). En relación con el papel de sistema de seguridad social en salud el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, establece que:

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

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T-418 de 2013 expuso que, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

Así mismo, dijo la H. Corte Constitucional en sentencia T-224 de 2020 que, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías que sea necesario reconocer a un paciente no puede convertirse en un obstáculo para que éste acceda a ellos. En tal sentido, las E.P.S. e I.P.S. deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación, de manera que, una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente.

Es así como el P.O.S. (hoy P.B.S.) constituye una serie de parámetros o premisas que deben atender las E.P.S. de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en los Acuerdos 29 de 2011, 031 y 034 de 2012 proferidos por la Comisión de Regulación en Salud - C.R.E.S., teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso, recuérdese que la Resolución 5521 de 2013 data del 27 de diciembre de 2013.

Por su parte, el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, establece que la financiación de las E.P.S. para atender a sus afiliados según los parámetros del P.B.S., se da a través de la unidad de pago por capitación o U.P.C., o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el P.O.S., deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-A.D.R.E.S. como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de la Resolución 3099 de 2008.

De acuerdo con lo dispuesto en la citadas Resoluciones, es procedente el recobro de las tecnologías no incluidas en el P.B.S., en dos eventos: cuando se trata de un procedimiento, medicamento, ayuda diagnóstica, entre otros, practicado en

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o C.T.C., conforme al procedimiento y limitantes que allí se establecen para tal aprobación.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T-313 de 2014 con fundamento en la sentencia la T-760 de 2008 señaló que en caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del P.O.S., debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio *pro homine*; que la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia; y que una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con el principio *pro homine*.

Ahora bien, la parte actora elevó sendas cuentas de cobro al Ministerio demandado hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, mediante 567 facturas por un valor de \$562'729.922, en las que en resumen se solicita el recobro por servicios referentes a medicamentos, insumos, tratamientos, y transporte de diversa índole que fueron reconocidos o bien por C.T.C., o bien por sentencias proferidas en acciones de tutela.

Así las cosas, es necesario revisar tres aspectos fundamentales: **a)** Si frente a las facturas operó el fenómeno de la prescripción; **b)** Si se está frente a servicios NO POS y; **c)** Si las facturas carecen de algún requisito legal, conforme a las glosas alegadas por la entidad demandada.

En lo que respecta a la **prescripción**, esta Sala ha señalado que en la medida que el caso fue asignado a la especialidad laboral por mandato del Consejo Superior de la Judicatura- Sala Disciplinaria, tal y como da cuenta la providencia del 29 de junio de 2017 (fls. 87 a 98), las normas que imperan en el asunto son

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

las de la materia, esto es, el 151 del C.P.T y de la S.S, que señala un término de tres años desde que la obligación se hizo exigible.

Así entonces, y como quiera que según el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala Plena el 23 de marzo del 2017, Exp. 110010230000201600178-00, reiterado el 25 de mayo del mismo año, Exp. 110010230000201600260-00, el caso versa sobre facturas y sería competencia de la especialidad civil, y en este caso por cuanto se demanda un ente público la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (mirar providencia del 12 de abril de 2018, APL1531-2018, Exp. 110010230000201700200-01; criterio avalado por la H. Corte Constitucional en providencia A-389 de 2021), la conclusión a la que se arribaría sería exactamente la misma, esto es, que el término de prescripción es de tres años. Lo dicho, por cuanto en pronunciamiento del H. Consejo de Estado, sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, se consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

“2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

(...)

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como "...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito".

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

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

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

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

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

En consecuencia, considera la Sala que, habiéndose emitido las facturas en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria".

En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley y que prescriben en tres años.»

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

Del mismo modo, es necesario tener en cuenta que el artículo 122 del Decreto 019 de 2012 únicamente se refiere al procedimiento para sanear las cuentas de cobro, más de forma alguna un término para tener por extinguidas las acciones de recobro antes las autoridades judiciales. En su tenor la norma en comento establece:

**“ARTÍCULO 122. Procedimiento para saneamiento de cuentas por recobros.** Sin perjuicio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos establecidos en la ley, cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo. En estos casos, el costo de la nueva auditoría integral deberá ser sufragado por la entidad recobrante.

Cuando la glosa se origine en la inclusión en el POS de las tecnologías en salud recobradas al FOSYGA, se aplicará el concepto que para el efecto expida la Comisión de Regulación en Salud CRES, quien será la competente para determinar en forma definitiva si se encuentran o no incluidas, tanto para lo contenido en las normas expedidas por esa Comisión como para lo previsto en normas anteriores, Emitido el concepto de la CRES y efectuada la auditoría integral, en caso de ser favorables, se procederá al trámite de pago,

Para los recobros que a la entrada en vigencia del presente Decreto ley ya surtieron la auditoría integral y cuya glosa se aplicó por considerar que la tecnología se encontraba incluida en el POS, se aplicará por una sola vez, dentro del año siguiente contado a partir de la vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo”.

Así las cosas, la Sala tendrá como término prescriptivo el de tres años, de conformidad con la normatividad que rige la materia laboral, y los lineamientos expuestos por el Consejo de Estado frente a la factura cambiaria.

Finalmente, frente al **tercer y cuarto punto** aspecto de revisión, la sala acudirá a la aludida Resolución 3099 de 2008 y a los Acuerdos 29 de 2011, 031 y 034 de 2012, de conformidad con las glosas presentadas por la entidad demandada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

### **CASO CONCRETO.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La E.P.S. demandante reconoció y autorizó 567 procedimientos, medicamentos, insumos, y transportes como consecuencia de una orden de tutela o por decisión del Comité Técnico Científico (medios ópticos allegados a folios 72 a 74, 103, 105 y 492); y **ii)** Que radicó ante el Ministerio de Salud y de la Protección Social los correspondientes recobros, no obstante, fueron glosados por parte de ésta (medios ópticos allegados a folios 72 a 74, 103, 105 y 492).

Dicho lo anterior, procede la Sala a recordar que la activa desistió en el transcurso del proceso de 167 recobros, por lo que únicamente quedaron como objeto de controversia 400, los que se encuentran relacionados en el archivo "12-06-NOV-2020- Base de datos depurada 2016-331".

Así las cosas, en primer lugar, procede la Sala a verificar si operó el fenómeno extintivo de la prescripción, para lo que se tiene que los servicios prestados datan del 25 de junio de 2009 al 25 de julio de 2013, encontrándose que se elevaron las respectivas reclamaciones entre el **21 de mayo y el 27 de septiembre de 2013**, por lo que, en un primer vistazo, los servicios prestados con anterioridad al 21 de mayo de 2010, se encuentran prescritos, al no ser reclamados dentro del término de tres años, tal como es el caso de los recobros: **25859814, 25985904, 95067552, 95067576, y 95231993.**

Del mismo modo, respecto de los servicios prestados entre el 21 de mayo de 2010 y el 27 de septiembre de 2010, operó el fenómeno prescriptivo únicamente del recobro **95087044**, dado que se prestó el servicio el 02 de junio de 2010 y se radicó ante el Fosyga su recobro el 26 de junio de 2013, esto es, cuando ya

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

habían transcurrido más de tres años, de manera que operó el fenómeno prescriptivo.

Frente a los demás recobros tenemos que el más antiguo data del 04 de junio de 2010, que las reclamaciones ante el Fosyga se realizaron entre el 21 de mayo y el 27 de septiembre de 2013, con lo que se logró la interrupción y suspensión de la prescripción hasta que se profiriera respuesta; que se notificó la primera respuesta el **12 de septiembre de 2013**; y que se demandó el **27 de octubre de 2015** (fl.75), esto es, dentro del término de tres años, por lo que frente a estos no operó el fenómeno extintivo en estudio.

En cuanto a los demás recobros, encontramos que de los **394** restantes, los enumerados como: **25835010, 25835087, 25835131, 25835253, 25845502, 25860017, 25876649, 25877592, 25890012, 25890013, 25890014, 25890015, 25890029, 25891138, 25907444, 25907445, 25919333, 25943489, y 26037254**, fueron ordenados por vía de tutela, no obstante, fueron glosados por cuanto no se adjuntaba el fallo de tutela; requisito que es indispensable para el reconocimiento de la factura de conformidad con el literal b) del artículo 11 del Decreto 3099 de 2008 que establece que toda solicitud de recobro que deba ser reconocida y pagada por el Fosyga, por concepto de fallos de tutela, deberá presentarse con "*copia del fallo de tutela*". (medio óptico de folio 72).

Así las cosas, y una vez revisada la prueba aportada se evidencia que respecto de dichas facturas, se arrimaron los respectivos fallos judiciales que soportan las facturas, y que, si bien algunas de dichas providencias judiciales están incompletas, lo cierto es que logra extraerse con claridad la orden de reconocimiento y pago por parte de una autoridad judicial, aunado a que las que se alega que carecen de suscripción sí contienen una rúbrica, la que se presume auténtica a menos que en juicio se hubiera demostrado que no correspondía a la persona

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

que se le estaba endilgando, circunstancia que no se probó. Por tanto, se ordenará el reconocimiento de las 19 facturas aludidas.

En similares circunstancias se encuentran las facturas **95067503, 95078531, 95086510, 95086616, 95086669, 95086672, 95086673, 95100134, 95100179, 95100263, 95100264, 95100279, 95224345, 95224906, 95225290, 95225298, 95228397, 95252596, 95252780, 95252791, 95253148, 95254320, 95254398, y 95254414**, pues fueron glosadas con base en que el *“fallo de tutela: el servicio médico o prestación en salud objeto de la solicitud de recobro no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela”*, los que en algunos casos fueron autorizados expresamente por Comité Técnico Científico, y en otros, la autoridad judicial ordenó un tratamiento integral, con excepción de la factura **95100179**; en la que se solicita el pago de un *“coche niño espaldar y asiento firme reclinable basculamiento manual cinturón”*, con fundamento en sentencia de tutela proferida por el Juzgado 65 Penal Municipal de Bogotá, en la que únicamente se ordenó que la E.P.S., diera cumplimiento a lo ordenado por el médico tratante sin que se adjuntara autorización de éste, aclarándose que si bien obra una autorización, esta únicamente aparece con el nombre de “Alexander D”, sin que se especifique si quiera su condición de médico.

En igual sentido, el recobro **95066825** fue identificado con la glosa *“Fallo de tutela: cuando al recobro no se adjunta copia del fallo o fallos de tutela legible e íntegro”*, no obstante, el fallo fue allegado en su integridad y de forma legible.

Así mismo, y en relación con las facturas **25859995, 25880472, 25880478, 25891002, 25891203, 25891398, 25891656, 25892411, 25907367, 25907427, 25907458, 25907473, 25907959, 25907961, 25907971, 25919292, 25950940, 25950950, 25950954, 25954197, 25954435, 25954441, 25955138, 25955143, 25955149, 25955168,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

**25955333, 25959432, 25959536, 25976027, 25999176, 25999192, 25999352, 26027243, 26027249, 26027250, 26032833, 26033516, 26033517, 26034204, 26035697, 26035898, 26035900, 26036051, 26036256, 26037495, 26037654, 26037656, 26037664, 26037742, 26037743, y 55353802,** se observa que se glosaron argumentando que *“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”*.

Al respecto, se concluye luego de revisar el caudal probatorio que varios de los recobros aludidos sí fueron autorizados expresamente por la autoridad judicial o por el C.T.C., o cuando se determinó que éstos estaban en cabeza del médico tratante, éste los autorizó, aclarándose que si bien en algunas de las facturas estudiadas, no aparece de forma expresa su reconocimiento en las sentencias de tutela en las que fueron ordenadas, el juez constitucional decidió que debía darse un tratamiento integral por la patología que padecía cada usuario tutelante, por lo que la E.P.S. estaba obligada a reconocer las prestaciones que estuvieran vinculadas con las patologías que éstos padecieran, de modo que tanto su reconocimiento como consecuente recobro se consideran ajustados a la ley, máxime si se tiene en cuenta que dicho juez ordenó la posibilidad de recobrar al FOSYGA. Por tanto, se procederá a su reconocimiento con excepción de las facturas **25880472, 25955333, y 25959432,** pues en la primera, lo único que se ordenó por vía de tutela fue un tratamiento de hemodiálisis y el servicio que se recobra es un alojamiento, en la segunda y tercera, se ordenó el reconocimiento de pañales, vitaminas, sillas de ruedas, elementos necesarios y terapias para mejorar que el menor tenga un desarrollo personal, familiar y social, pero no transporte, que es el servicio que específicamente se está recobrando.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

Del mismo modo, la factura **25955326** fue glosada por cuanto *“el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico Científico, según el caso”*; empero el medicamento que se recobra sí fue ordenado por vía de tutela. (medio óptico de folio 73) Por su parte, en la factura **55840550** se glosó debido a que *“en el contenido del Acta del Comité Técnico Científico se registra que el suministro del medicamento, servicio médico o prestación de salud es anterior a la fecha de realización del Comité”*, sin embargo, la prestación fue autorizada el 22 de febrero de 2013 y fue suministrada el 28 del mismo mes y año; en igual sentido, la factura **95100437** fue glosada con fundamento en que el *“fallo de tutela nombre del afiliado: el nombre y/o número de identificación del afiliado contenido en el fallo de tutela no corresponde con el consignado en la solicitud de recobro”*, empero, la usuaria María Camila Bravo Román es una menor de edad, y la tutela fue interpuesta por su madre, Magda Susan Román, quien brindó su número de cédula en tal acción, de manera que al aparecer en el recobro el número de identificación de su hija beneficiaria, a juicio de la Sala es razonable, y por ende procede el recobro.

De igual manera, se advirtió que frente a las facturas **55697686, 55835827, 56202586, 56202603, y 56202831** *“No se aporta el Acta del Comité Técnico- Científico”*, no obstante, cada una de estas facturas cuenta con acta del C.T.C. (medio óptico de folio 72)

En lo referente a las facturas **95099496 y 95099788** se establece como glosa *“BDUA entidad reportante: el usuario reportado en el recobro aparece en la base de datos única de afiliados BUDA reportado por una entidad diferente a la entidad recobrante”*; no obstante, dentro de los soportes para solicitar el recobro se allegaron los correspondientes certificados de afiliación de los usuarios que requirieron el servicio en el tiempo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

en que estos fueron prestados (medio óptico de folio 72). Por tanto, se ordenará su pago.

En igual sentido, la factura **95100335** señala que *“BDUA nombre: el nombre del usuario reportado en el recobro aparece en la base de datos única de afiliados BUDA reportado con un nombre diferente al del recobro”*, sin embargo, se constata que el beneficiario del servicio fue un recién nacido, que se señaló el número de registro civil, y que este coincide con los servicios que le fueron suministrados, por lo que hay lugar a su reconocimiento.

Las facturas con los radicados **95086485, 95086513, 95086732, 95087040, 95099805, y 95191180** fueron glosadas por cuanto *“BDUA sin registro: el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA para el periodo de la prestación del servicio”*; no obstante, se allegaron certificados de afiliación, formularios de afiliación, consulta de afiliados compensados, e información en la BDUA de los que se logra establecer que los afiliados beneficiarios de los servicios hacían parte de la E.P.S. demandante al momento de la prestación del servicio.

En igual sentido, la factura **25859825** fue glosada con fundamento en que *“el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio”*; sin embargo, obra certificada de afiliación, y consulta de afiliados compensados, en la que se logra establecer que para la fecha de la prestación del servicio se encontraba afiliado a la E.P.S. demandante.

Las facturas **55384646, 55514319, 55523566, 55581265, 55582322, 55583685, 55584147, 55597853, 55694979, 55697456, 55715836, 55719498, y 56171617**, se glosaron con fundamento en que *“Cuando el usuario reportado en el recobro se*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

*registre como fallecido en la BDUA, RNEC, RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto, para la fecha de prestación del servicio”,* lo que encuentra asidero en el literal g) del artículo 15 del Decreto 3099 de 2008; sin embargo, conforme a las historias clínicas se encontraban vivos al momento de la prestación de sus servicios, con excepción de las glosas con radicados **55697456 y 55694979**, pues en la primera, el servicio se prestó presuntamente el 09 de abril de 2013 pero no existe constancia de que el usuario la hubiera alcanzado a recibir tal día, máxime si se tiene cuenta que el día aludido falleció; y en la segunda, el servicio data del 11 de julio de 2013 y el afiliado murió el 06 de julio de 2013.

En el mismo sentido, las facturas **95078853, 95086915, 95099821** fueron glosadas por cuanto *“Usuario fallecido: cuando el usuario reportado en el recobro se registre como fallecido en la BDUA, RNEC, RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto, para la fecha de prestación del servicio”,* circunstancia en la que sí le asiste la razón a la demandada., puesto que frente a la factura **95099821**, se prestó el servicio 18 de diciembre de 2011, y el usuario había fallecido el 16 de igual mes y año; en la factura **95086915**, el usuario falleció el mismo día de la fecha de prestación de servicio sin que exista constancia de su suministro; y en la factura **95078853**, el servicio es del 30 de mayo de 2011 y el usuario falleció el 18 del mismo mes y año.

Por otra parte, en las facturas **26035720, 26037485, y 55830669** se establece en la glosa que *“existe error en los cálculos del recobro”,* sin embargo, los valores de la solicitud de recobro son coincidentes con los de las facturas, inclusive solicitándose en la factura 26037485 una suma inferior a la que realmente tenía el medicamento objeto de pedimento.

La factura **95038627** se glosó por cuanto *“Factura cancelación: la factura del proveedor o prestador del servicio no presenta la constancia de cancelación ya sea con sello de*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

*cancelado en la factura o certificación expedida por la entidad*", sin embargo, el medicamento tiene constancia de cancelación, así como de dispensación al usuario.

Igualmente, las facturas **95078856, 95078857, 95078859, 95078860, 95086481, 95086494, 95086503, 95086504, 95086505, 95086781, 95087668, 95099583, 95099624, 95099785, 95100033, 95100103, 95224344, 95230738, 95230748, 95232011, 95252340, 95256866, y 95291032** fueron glosadas con fundamento en: *"factura detalle: cuando la factura no incluye el detalle de cargos y no se anexa un documento del proveedor o certificación representante legal de la entidad con el detalle de cargos"*.

Sobre el tópico se hace necesario recordar que el Decreto 3099 de 2008 señala que es requisito del recobro el *"Documento del proveedor con detalle de cargos, cuando en la factura no esté pormenorizada la atención. En caso de que la entidad recobrante no disponga de dicho detalle, expedido por el proveedor, el representante legal de la entidad recobrante podrá certificarlo"*; de esta manera, se procede a verificar si en la factura está pormenorizada la atención y, en caso contrario, si se encuentra la certificación de la entidad del dicho detalle, encontrándose dichos parámetros en la mayoría de los casos con excepción de las facturas **95099785, 95230738, 95230748, 95232011, y 95256866**, pues no se puede establecer con certeza si los procedimientos recobrados son los mismos facturados, dado que tienen denominaciones diferentes, hay documentación ilegible, y no son los fundamentos allegados lo suficientemente claros para determinar su correspondencia.

En cuanto a la factura **95053136**, se tiene que fue glosada con fundamento en que *"Factura: cuando no se anexe al recobro la factura del proveedor o prestador del servicio"*, sin embargo, la factura se encuentra anexa al recobro. Igualmente, las facturas **95099780 y 95100433**, fueron glosadas señalándose

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

*“ilegibilidad documental: Alguno de los documentos esenciales del recobro es Ilegible”*, sin embargo, la documental allegada es legible.

Del mismo modo, frente a las facturas **55385125, 55394783, 55515182, 55515188, 55519800, 55581210, 55583687, 55588740, 55692986, 55695092, 55695101, 55695858, 55740434, 55835889, 55835890, 55840938, 56052379, y 56202640** se señala que *“no hay evidencia de la entrega del medicamento No Pos, servicio médico o prestación de salud No Pos al paciente”*, empero, se verifica que estas facturas tienen firma de recibido por parte del usuario, o fueron suministrados mientras los pacientes estaban hospitalizados, por lo que, si bien no contienen firma existen notas de enfermería o historias clínicas donde se da cuenta de su suministro.

Así mismo, las facturas **25835476, 25996977, 25999450, 55586395, 56207266, 56207305, y 56207308** se glosaron señalándose que *“no se anexa al recobro la factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelación”*, sin embargo, cada una de estas facturas contienen sello de cancelación.

Igualmente, las facturas **95023042, 95087003, y 95099850** fueron glosadas con fundamento en que la *“tecnología recobrada versus facturada: lo recobrado no corresponde con lo facturado por el proveedor”*, empero, cada una de estas aparece en las correspondientes actas del C.T.C.

En cuanto a las facturas **25891570, 25907553, 25943492, 25950111, 25950112, 25950126, 25950128, 25950143, 25964446, 25975867, 25975934, 55202307, 55383620, 55383628, 55383639, 55383641, 55383655, 55383695, 55383720, 55383739, 55383740, 55383777, 55383778, 55384018, 55384805, 55384807, 55385198, 55385471, 55385532, 55385536, 55385538, 55385551, 55385559,**

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

55385571, 55386347, 55386348, 55387511, 55387512,  
55387516, 55387517, 55387537, 55513923, 55514915,  
55515169, 55516048, 55516051, 55516052, 55581793,  
55582688, 55583172, 55583663, 55681997, 55682028,  
55682040, 55682041, 55682043, 55692958, 55692960,  
55692961, 55692974, 55692978, 55692979, 55692980,  
55692981, 55692982, 55692983, 55692984, 55693946,  
55694741, 55694747, 55694751, 55694754, 55694757,  
55694758, 55694765, 55694771, 55698863, 55698872,  
55698873, 55698874, 55698876, 55728620, 55728633,  
55728661, 55732667, 55732756, 55740283, 55740412,  
55827360, 55827361, 55827362, 55829433, 55829437,  
55829452, 55829465, 55829466, 55829937, 55830662,  
55830681, 55871977, 55886036, 55986206, 56003935,  
56003940, 56003942, 56048782, 56054368, 56152431,  
56152432, 56152433, 56152434, 56152448, 56152449,  
56152462, 56155169, 56155204, 56168734, 56168757,  
56170299, 56171485, 56172597, 56172599, 56172603,  
56172605, 56172607, 56172609, 56172610, 56174803,  
56177007, 56177009, 56177010, 56177014, 56181335,  
56181337, 56181338, 56181339, 56181340, 56181341,  
56182677, 56182678, 56182806, 56182994, 56192045,  
56192046, 56192047, 56193295, 56194559, 56196682,  
56204884, 56204887, 56204888, 56204898, 56204899,  
56206235, 56206236, 56206239, 56206244, 56206245,  
56206247, 56206249, 56206250, y 56223658, fueron glosadas con fundamento en que *“la factura no cumple con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario”*.

Al punto, el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario, vigente para la época de los servicios señalaba:

**“ARTICULO 617. REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA.** <Artículo modificado por el artículo 40 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

(...) **c.** <Literal modificado por el artículo 64 de la Ley 788 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado”.

De esta manera, y revisadas cada una de las facturas aludidas se verifica, que algunas de estas no cumplen con la totalidad de los requisitos de la norma en comento, pues si bien las facturas allegadas están identificadas con nombres y apellidos o razón social y N.I.T., lo cierto es que no está discriminado el IVA pagado. Ahora bien, no desconoce la Sala que pueden existir entidades, especialmente, sin ánimo de lucro, que pudieron haber prestado los servicios, cuyo recobro aquí se pretende, y que pudieren estar excluidas o eximidas del IVA, y por ende de discriminarlo, más dicha situación no exime a la entidad que suministra el servicio de por lo menos advertir tal situación, señalando que no son autoretenedores, o de anunciar que por concepto de IVA se paga la suma de \$0, por demás que, la E.P.S. pudo requerir tal aclaración al momento de pagar por este servicio, no obstante, al allegar la factura en tales condiciones lo que se vislumbra es que guardó silencio.

Por tanto, no se ordenará el pago de los recobros que se discriminarán a continuación, máxime si se tiene en cuenta que es un requisito exigido en el Decreto 3099 de 2008, como quiera que el literal b) del artículo 16 establece que se devolverá la factura *“Cuando la factura no cumple con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario”*:

**25891570, 25907553, 25943492, 25950111, 25950112,  
25950126, 25950128, 25950143, 25964446, 25975867,  
55202307, 55383620, 55383639, 55383641, 55383655,  
55383720, 55383739, 55383740, 55385198, 55385471,  
55385532, 55385536, 55385538, 55385559, 55385571,  
55386347, 55386348, 55387517, 55516048, 55516051,  
55516052, 55581793, 55582688, 55692958, 55692960,  
55692961, 55692978, 55692979, 55692980, 55692981,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

**55692982, 55692983, 55694741, 55698863, 55698872, 55698873, 55698874, 55728661, 55732756, 55740283, 55740412, 55827360, 55827361, 55827362, 55829465, 55829466, 55830681, 56003935, 56003940, 56152462, 56155204, 56168734, 56182677, 56182678, 56182806, 56182994, 56204884, 56204887, 56204888, 56206235, 56206236, y 56206239.**

En relación con las demás facturas con tal glosa, se ordenará su pago, ya que, en estas se advirtió en las correspondientes facturas allegadas por la E.P.S., la entidad que suministró el servicio señaló que no era autoretenedora y/o retenedora del IVA, está discriminado el valor pagado por IVA (así sea la suma de \$0), o se señaló expresamente que estaban excluidas del IVA.

Por otra parte, las facturas **25907517, 25955134, 25955141, 25985916, 26000489, 26032872 55308422, 55523563, 55693975, 55700933, 55945563, 55945916, 55946382, 55983750, 55985784, 55988438, 56001056, 56001282, 56155832, 56168198, 56181219, 56196388, 56207155, 56208695, 56210549, 56210618, 56210827, 56215235, 56225847, 56225858, y 56225872**, fueron glosadas por cuanto *“lo recobrado no corresponde con lo facturado por el proveedor”*, no obstante, los valores que se recobraron son iguales o inferiores al costo final de la tecnología según factura, de ninguna manera superior, por lo que, si bien en algunos casos no son exactamente iguales, a juicio de la Sala podían ser reconocidos, con excepción de la factura **26032872**, pues no es legible y, en consecuencia, no se logra establecer si su valor es igual al recobrado.

En lo que respecta a las facturas **95086438, 95100105, 95100320, 95100321, 95100323, 95100325, y 95100340** se señala que *“el recobro no es objeto de la Ley 1608: la comunicación respecto del reporte de la auditoria anexa al recobro es posterior*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

a la vigencia de la Ley”, más, no está contenido en el Decreto 3099 de 2008 como requisito para devolver o rechazar una glosa, de modo que, ante la impresión señalada por la entidad pagadora no queda otro camino que efectuar su reconocimiento, al no avizorarse razones de fondo para negar su pago.

Las facturas **26032898, 26034254, 26036052, 56155244, 56184698 y 56223650** fueron glosadas con base en que la “solicitud de Recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002”, circunstancia que si bien se encuentra ajustada a derecho no genera la extinción de su reconocimiento, pues en todo caso la entidad podía intentar su pago, siempre y cuando tales títulos no se vieran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Así las cosas, hay lugar al reconocimiento y pago de 307 recobros, de los cuales 197 son por C.T.C. y 110 son por orden de fallos de tutela, encontrando que los primeros equivalen a la suma de **\$258'105.866**, y los segundos, ascienden a **\$116.400.478**, esto es, la suma de **\$374'506.344**; por lo que, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer los valores aludidos.

#### **INTERESES MORATORIOS.**

El artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 señala:

“(…) Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. **Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses**, ni otras sanciones pecuniarias.” (Resaltado por la Sala)

En la misma dirección, respecto del término para la presentación de los recobros el artículo 13 ejusdem, modificado por el artículo 111 del Decreto 19 de 2012, señaló:

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

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

De conformidad con las disposiciones normativas en cita, claramente se evidencia la procedencia de los intereses moratorios cuando las glosas son infundadas, siempre y cuando **el cobro se presente dentro de los seis meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador**, y bajo dicha precisión, procedió la Sala a verificar la base de información contenida en el medio óptico de folio 72, encontrando que 180 de los 307 recobros cuyo pago se dispone, fueron radicados cuando ya se había superado el término de seis meses señalado por el citado Decreto 1281 de 2002, razón por la cual **se condenará** al pago de intereses moratorios, de los siguientes 127 recobros al haberse presentado dentro del término establecido por ley y no haberse probado su pago por parte de la pasiva:

**25835010, 25835087, 25835131, 25835253, 25835476,  
25845502, 25860017, 25876649, 25877592, 25891002,  
25891138, 25891203, 25891398, 25891656, 25892411,  
25907367, 25907427, 25907458, 25907473, 25907517,  
25907959, 25907961, 25907971, 25919292, 25955134,  
25955138, 25955141, 25955168, 25975934, 25976027,  
25999192, 25999352, 25999450, 26000489, 26032833,  
26033516, 26033517, 26034204, 26037254, 26037654,  
26037656, 26037664, 26037742, 26037743, 55308422,  
55353802, 55383628, 55383695, 55383777, 55383778,  
55384018, 55384646, 55384805, 55384807, 55385125,  
55385551, 55387511, 55387512, 55387537, 55394783,  
55513923, 55514319, 55514915, 55515169, 55515182,  
55515188, 55519800, 55581210, 55581265, 55582322,  
55583663, 55583685, 55583687, 55586395, 55588740,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

**55597853, 55692974, 55692984, 55693946, 55693975,  
55694747, 55694751, 55694754, 55694757, 55694758,  
55694765, 55694771, 55695101, 55698876, 55700933,  
55719498, 55740434, 55829433, 55829437, 55829452,  
55829937, 55830662, 55830669, 55840938, 55946382,  
55986206, 56001282, 56003942, 56048782, 56052379,  
56054368, 56168198, 56168757, 56170299, 56171485,  
56171617, 56174803, 56181219, 56192045, 56192046,  
56192047, 56196682, 56202586, 56202640, 56207155,  
56207266, 56207305, 56207308, 56208695, 56225847,  
56225858, y 56225872.**

En otras palabras, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** el **numeral segundo** de la sentencia, en cuanto condenó a reconocer y pagar la totalidad de recobros indexados, para en su lugar establecer que frente a los recobros aludidos se deberán pagar los intereses moratorios previstos en el Artículo 7° del Decreto 4797 de 2007, y que frente a los demás su pago se deberá realizar debidamente indexado, pues en todo caso, se han visto sometidos a depreciación monetaria.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de la A.D.R.E.S.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que el valor a pagar a favor a **SALUD TOTAL S.A.** es de **\$374'506.344**, divididos así: por concepto de recobros de C.T.C: **\$258'105.866**, y por concepto de recobros por fallos de tutela: **\$116.400.478**.

**SEGUNDO.** – **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo** de la sentencia, en cuanto condenó a pagar la totalidad de los recobros debidamente indexados, para en su lugar establecer que respecto de las facturas con los siguientes radicados, se deberán pagar los **intereses moratorios** previstos en el Artículo 7° del Decreto 4797 de 2007:

25835010,	25835087,	25835131,	25835253,	25835476,
25845502,	25860017,	25876649,	25877592,	25891002,
25891138,	25891203,	25891398,	25891656,	25892411,
25907367,	25907427,	25907458,	25907473,	25907517,
25907959,	25907961,	25907971,	25919292,	25955134,
25955138,	25955141,	25955168,	25975934,	25976027,
25999192,	25999352,	25999450,	26000489,	26032833,
26033516,	26033517,	26034204,	26037254,	26037654,
26037656,	26037664,	26037742,	26037743,	55308422,
55353802,	55383628,	55383695,	55383777,	55383778,
55384018,	55384646,	55384805,	55384807,	55385125,
55385551,	55387511,	55387512,	55387537,	55394783,
55513923,	55514319,	55514915,	55515169,	55515182,
55515188,	55519800,	55581210,	55581265,	55582322,
55583663,	55583685,	55583687,	55586395,	55588740,
55597853,	55692974,	55692984,	55693946,	55693975,
55694747,	55694751,	55694754,	55694757,	55694758,
55694765,	55694771,	55695101,	55698876,	55700933,
55719498,	55740434,	55829433,	55829437,	55829452,
55829937,	55830662,	55830669,	55840938,	55946382,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

55986206, 56001282, 56003942, 56048782, 56052379,  
56054368, 56168198, 56168757, 56170299, 56171485,  
56171617, 56174803, 56181219, 56192045, 56192046,  
56192047, 56196682, 56202586, 56202640, 56207155,  
56207266, 56207305, 56207308, 56208695, 56225847,  
56225858, y 56225872.

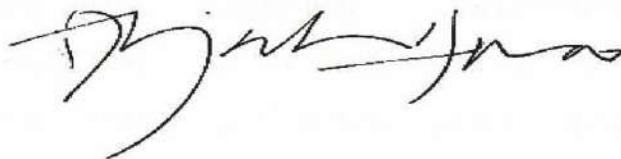
Frente a las demás facturas su pago se deberá realizar debidamente **indexado**.

**SEGUNDO.** - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia

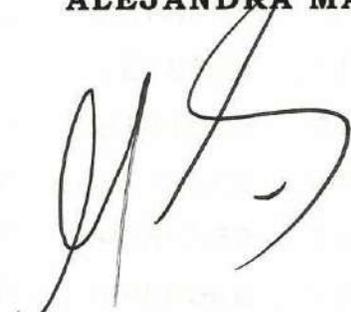
**TERCERO.** -.Costas en esta instancia a cargo de la A.D.R.E.S.

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

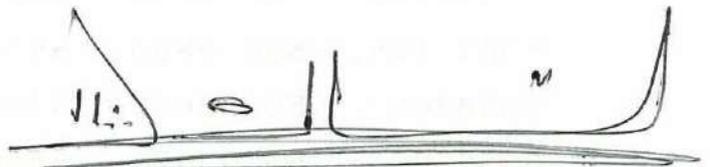
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2016-00331 -02.

Demandante: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Demandado: **A.D.R.E.S., LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y  
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la A.D.R.E.S.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11001310501220190051101

Demandante: **TITO EFRAÍN DÍAZ MUÑOZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

**AUTO**

**PRIMERO:** Téngase como apoderada principal de Colpensiones a la sociedad Arango García Abogados Asociados S.A.S., identificada con NIT No. 811.046.819-5, representada por la doctora María Camila Bedoya García, identificada con TP No. 288.820 del C.S. de la J., en los términos y para los fines conferidos en la escritura pública No. 0120 del 1° de febrero de 2021.

**SEGUNDO:** Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con TP No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la respectiva sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, y a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **TITO EFRAÍN DÍAZ MUÑOZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado el 8 de marzo de 1999 a través de la AFP Porvenir S.A., así como los subsiguientes realizados a Colfondos y Old Mutual.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados al actor, como si nunca se hubiera trasladado.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, narró que **1)** Se trasladó del ISS a Porvenir S.A. el 8 de marzo de 1999; **2)** El asesor comercial de Porvenir S.A. no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; **3)** El 11 de diciembre de 2002 se trasladó a Colfondos S.A.; **4)** El 21 de septiembre de 2005 se

trasladó a Skandia hoy Old Mutual; **5)** Old Mutual le realizó una simulación pensional y proyectó su mesada pensional en \$2.326.236; y Realizada una simulación de la mesada pensional en Colpensiones, esta equivaldría a \$7.289.484; **6)** Efectuó reclamación ante Colpensiones el 27 de julio de 2018 solicitando la nulidad de los traslados, sin que a la fecha haya pronunciamiento frente a esta.

### **Actuación Procesal.**

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES**, (fls. 97 a 107), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

**OLD MUTUAL S.A.** (fls. 108 a 221), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

**PORVENIR S.A.** (Fls. 235 a 263), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos. y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la

nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, pago y la genérica.

**COLFONDOS S.A.** (fls. 270 a 284), se opuso a las pretensiones de la demanda, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El a quo dictó sentencia condenatoria, **declarando la ineficacia del traslado** efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 8 de marzo de 1999a través de Porvenir S.A. y las subsiguientes a Colfondos S.A. el 11 de diciembre de 2002 y Skandia S.A. el 21 de septiembre de 2005; ordenando a esta última devolver a Colpensiones los saldos, aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, así como ordenó a todas las AFP a las que estuvo vinculado el actor a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; a su vez le ordenó a Colpensiones que acepte dicho traslado y recursos.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **COLPENSIONES**

Argumentó que, según lo expuesto y ratificado por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, fue demostrado de manera contundente la asesoría que se le brindó al asegurado para su afiliación al RAIS, pues del interrogatorio

de parte se evidencia que la misma persona fue quien le brindó la asesoría durante la continuidad y permanencia en el RAIS.

Solicitó se revoque el fallo de primer grado, dado que la prestación incoada en la presente acción es principalmente una pretensión económica y que resulta de obtener un valor mejor de la mesada pensional, también advirtió que el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal de retornar al RPM, pues se encuentra en la prohibición estipulada en el literal A del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

### **COLFONDOS S.A.**

Expuso que presenta recurso de apelación en lo referente a la orden de devolución de los gastos de administración y comisiones con cargo al patrimonio de la entidad, en atención a que esos descuentos fueron autorizados por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, norma en la que se establece que pueden ser descontados los gastos de administración.

Dijo que ello también quedó establecido en el artículo 29 del Decreto 656 de 1994, en donde se indica que constituyen ingresos de las sociedades que administran los fondos de pensiones las comisiones de administración a que tienen derecho, además, dichos descuentos fueron hechos y se invirtieron conforme el mandato legal durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a Colfondos S.A., AFP que cumplió de manera diligente y oportuna con el manejo de la cuenta de ahorro individual del accionante para que se generaran unos rendimientos que le coadyuvan a incrementar el capital de la cuenta por concepto de aportes por pensiones.

Precisó que se configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y en contra de Colfondos S.A., como quiera que los rendimientos no sólo se le están devolviendo por parte de cambio de los rendimientos que también venían de

Colfondos, sino que también se está desconociendo el trabajo de Colfondos en el manejo de la cuenta de ahorro individual del demandante y se le está disminuyendo su patrimonio, teniendo en cuenta que Colpensiones se está lucrando de unos dineros adicionales, como son los rendimientos, desconociendo el trabajo de Colfondos, además, se le esta condenando a la AFP a sacar de sus propias reservas dichos emolumentos, lo que conllevaría a un desconocimiento de las restituciones mutuas por el trabajo desempeñado.

### **PORVENIR S.A.**

Expuso que el despacho de primer grado dio por demostrado, sin estar, que no se le dio la asesoría al demandante, además de que no hizo un estudio del caso particular, ello porque es claro que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 es claro al establecer que cualquier persona que desee vincularse a cualquiera de los regímenes pensionales existentes en Colombia, debe hacer una manifestación por escrito lo que se encuentra en el Decreto 692 de 1994 y la Superintendencia Financiera es la que establece los lineamientos de esos formularios de vinculación, siendo este formulario tramitado por el demandante y firmado hace 21 años, y solo hasta hoy desconoce la información que se le dio.

Refirió que se está obligando a Porvenir S.A. a lo imposible, ya que para la fecha de vinculación del demandante no existía obligación expresa que ordenara allegar documental adicional, siendo solamente obligación el dejar constancia documental a partir del año 2014, sin que exista discusión sobre la obligación del deber de información, el cual existía, indicó que se está violando la seguridad jurídica pues se pretende, después de 21 años, se alleguen documentales adicionales del demandante, máxime cuando el demandante refiere en los hechos de la demanda que se informó que tendría mejores beneficios, con lo que se demuestra que el accionante sí tenía conocimiento.

Indicó que no se hizo un estudio claro sobre los gastos de administración, pues en este caso se generaron unos rendimientos financieros, lo cual no se tuvo en cuenta en este caso, siendo claro que durante el tiempo que el actor estuvo vinculado con Porvenir S.A. se cubrieron los riesgos de invalidez y sobrevivencia y aclaró que esos rendimientos financieros no se generan en el RPM.

#### **OLD MUTUAL - SKANDIA S.A.**

Refirió que, conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, un 3% de la tasa de cotización se destina para financiar los gastos de administración, la prima del seguro Fogafin y las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia y que el artículo 7 del Decreto 3925 del 2008 señala que, frente a los traslados del régimen del sistema general de pensiones, cuando se trate de una administradora del RAIS deberá trasladar el saldo en unidades a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima RAIS multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado, para efectos de incluir el porcentaje del fondo de garantías de pensión mínima.

Adujo que el concepto 2019152969-003 del 2020 expedido por la Superintendencia Financiera considera que al decretarse la nulidad o ineficacia de la afiliación, procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos, efectuado por la AFP, así como los porcentajes destinados para la pensión mínima, de allí que no existe un sustento legal para ordenar trasladar al RPM el porcentaje destinado a los gastos de administración, la prima de seguro Fogafin, ni las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia.

Código Único de Identificación: 11001310501220190051101

Demandante: **TITO EFRAÍN DÍAZ MUÑOZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

Por lo expuesto, dijo, no es viable reintegrar las sumas descontadas por concepto de gastos de administración dado que estas están destinadas, en primer lugar al pago de la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte, por lo que este porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir esos riesgos con lo que no se encuentran en las arcas de la AFP y, en segundo lugar porque con la suma de dinero restante surgió la administración de los recursos, lo cual le sirvió al demandante para tener unos rendimientos dentro de su cuenta individual, por lo que, de declararse la ineficacia también debió haberse declarado que el demandante no debía acceder a los rendimientos a él ocasionados.

Dijo que no era posible reintegrar un porcentaje descontado, teniendo en cuenta que esos recursos serán utilizados para la administración, evitando que se devuelva dicho dinero, por lo que la orden dada en la sentencia apelada va en contravía de lo establecido por el legislador.

Finalmente, indicó que algunas sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia han ordenado la devolución de los gastos de administración, pero son casos con características o un contexto diferente al que se estudia en el presente caso, por lo que no se pueden aplicar.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) del demandante, Colpensiones y Porvenir S.A., quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte

que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que

puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, **(SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente”

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:**

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“...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 desfavor de los consumidores financieros.

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva

afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:**

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

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

## VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 05/10/1987 (fl 23 y 107); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 08/03/1999 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl 13 y 246); **iii)** efectuó traslados horizontales entre administradoras del RAIS así: el 11/12/2002 a Colfondos S.A. (fl. 14) y el 21/09/2005 a Skandia S.A. (fl. 15 y 129); y **iv)** el día 27/07/2018 (fl. 17) solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D.

Pues bien, a folios 13 y 246 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 08/03/1999 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella,

---

<sup>1</sup> Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

También debe recordarse, que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, (SL 1688-2019) razones por las cuales resulta acertada la decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que el accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Así mismo, conforme las consideraciones jurisprudenciales extensamente expuestas, es menester tener en cuenta que las reasesorías brindadas tampoco logran los efectos anhelados con la apelación porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, rememórese que la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se

Código Único de Identificación: 11001310501220190051101

Demandante: **TITO EFRAÍN DÍAZ MUÑOZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Díaz Muñoz en el traslado que este realizó en el año 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones– sin que para el efecto el formulario de afiliación de fls 13 y 246, tenga alcance alguno, por las razones que precedentemente quedaron expuestas.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es: SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, así como las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. quienes en algún momento tuvieron a cargo la administración de la cuenta de ahorro individual del actor, también deberán devolver los dineros correspondientes a los descontados por gastos de administración y los que tuvieron como destino el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razones por las que Considera esta Sala que las motivaciones que se exponen en las sentencias precedentemente

referidas, le brindan al fallador de primer grado razones para incluir no solo los gastos de administración sino los dineros para el fondo de garantía de pensión mínima, no obstante se **ADICIONARÁ** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos debe devolver los gastos de administración así como las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima; así como las AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. tuvieron a cargo la administración de la cuenta de ahorro individual del actor, también deberán devolver los dineros correspondientes a los descontados por gastos de administración y los que tuvieron como destino el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, rubros que deberán pagarse **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada(SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en

consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad**

**financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargos que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (ver al respecto la ya citada sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838)

De igual manera considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Código Único de Identificación: 11001310501220190051101

Demandante: **TITO EFRAÍN DÍAZ MUÑOZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

#### **IX. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A. - SKANDIA

#### **X. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero** de la sentencia, para ORDENAR a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL S.A. - SKANDIA, la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, como los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima; **debidamente indexados**, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en todo lo demás, la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**TERCERO .- COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

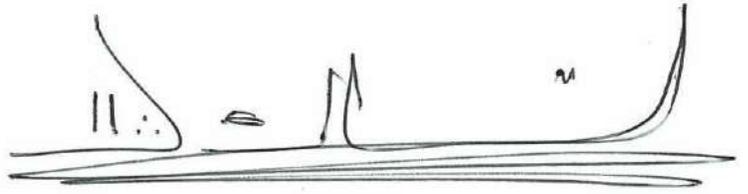
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

*Aclaro Voto!*

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las AFP demandadas, esto es PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A. - SKANDIA



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2020-00060 -01.

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que COLFONDOS S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad de los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bono pensional, y lo que hubiere obtenido.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2020-00060 -01.

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLFONDOS S.A.** (fls. 38 a 40), no se opuso a las pretensiones de la demanda, no obstante, propuso como excepciones de mérito las que denominó, buena fe, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Indicó que la información que suministró a la afiliada fue suficiente, completa y veraz; que a la actora se le informó que su pensión dependería de tres variables: edad, capital acumulado, y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del fondo especial de retiro programado; y que a la demandante se le brindó información que sobre las características, ventajas y desventajas, del régimen de ahorro individual con solidaridad, decidiendo este tomar de manera libre y espontánea su decisión de cambio.

Finalmente, indicó que únicamente cuenta con los aportes a pensión obligatoria y sus respectivos rendimientos, así como no existen valores adicionales por concepto de bonos pensionales.

**COLPENSIONES** (CONTESTACIÓN DEMANDA 11001310501320200006000.pdf), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones.

Adujo que carece de legitimación para pronunciarse sobre la ineficacia del traslado, ya que, no tuvo injerencia alguna en la afiliación de la actora, siendo en consecuencia inapropiado emitir conceptos favorables o desfavorables; que conforme a lo previsto en la Ley 797 de 2003 en su artículo 2° literal e), el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, por lo que, la demandante está vedada para efectuar su traslado a COLPENSIONES, puesto que elevó la reclamación administrativa el 19 de noviembre de 2019, esto es, cuando ya contaba con 52 años.

Finalizó advirtiéndole que la actora podía ejercer el derecho de retracto y que deben ser analizadas las situaciones particulares de cada caso en concreto, tal y como fue expuesto en los salvamentos de voto de la sentencia SL452-2019, por parte de los Magistrados Jorge Luis Quiroz Alemán y Rigoberto Echeverry Bueno.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 28 de mayo de 2021, en la que **declaró la ineficacia del traslado** de la demandante al RAIS, realizado el 10 de noviembre de 1999, por lo que condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES. Declaró válidamente vinculada a la demandante, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, como si nunca se hubiese trasladado y condenó en costas a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

## **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de Consulta.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de COLPENSIONES, y de la parte actora, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si devino en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo*

construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la

comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

**a) Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:**

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...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.

**d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,** la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

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

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?”

(…)

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

#### **Caso concreto.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde diciembre de 1987 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 18 a 20, y el formulario de afiliación de folio 40, en el que se da cuenta que la actora provenía del I.S.S.; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLFONDOS S.A. el 10 de noviembre de 1999 (fl.40); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 19 de noviembre de 2019, ante COLPENSIONES, pero le fue negada tal posibilidad por tal entidad (fls.13 a 16).

A folio 40 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de noviembre de 1999 con COLFONDOS S.A., el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2020-00060 -01.

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

cual si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose la correspondiente AFP en la libertad de usar cualquier otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede justificarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, pues de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En cuanto a que **la demandante debía conocer la ley** o, en otras palabras, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, si bien ello resulta acertado, la aplicación de dicho principio del derecho no descarta la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información clara, cierta y oportuna en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167: " la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2020-00060 -01.

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

de Justicia, lo cual tampoco se suple argumentando la negligencia del actor al no haber indagado acerca de su derecho pensional o cumplir con el deber de informarse sobre el particular, pues como es sabido, cuando se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente, sobre estas recae principalmente dicho deber, en razón a que son las entidades financieras quienes, por su posición en el mercado, profesionalismo y control de tales operaciones, tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, lo que implica que la accionante debe retornar al estado original antes de la afiliación con COLFONDOS A.S., estando COLPENSIONES en la obligación de recibirla.

Igualmente, frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales; por tanto, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento, como lo es la coacción o presión, resulta errado.

En efecto en la citada sentencia SL 1688-2019, se señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...).”

Por las razones anteriormente expuestas, la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **CONFIRMARÁ** la declaración de la ineficacia del acto de traslado de María Rocío Castilblanco Torres del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otra parte, y como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de traslado, resulta consecuente **ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos, y gastos de administración.** Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

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

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

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

(...)

*En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos

entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado es imperativo devolver los valores pagados por concepto de gastos de administración; rubro que deben asumir la administradoras a cargo de su propio patrimonio, conforme al precedente expuesto. Aunado a ello, los montos aludidos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social y con ellos se financiará la pensión de la accionante, por lo que se reconocen en aras de preservar la financiación de tal prestación; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

En consecuencia, sería del caso confirmar la sentencia, sino fuera porque el numeral tercero de la sentencia, en los que se impuso a la administradora reconocer gastos de administración, no se estableció que debían ser reconocidos **debidamente indexados**. Al punto, se aclara que se impone tal condena, como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores, reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y tal como se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en las providencias SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras. En la primera de éstas se dispuso, en relación con la condena por los aludidos valores, lo siguiente:

“En consecuencia, habrá de adicionarse el numeral segundo del fallo del a quo, en el sentido de que Porvenir S.A. **deberá trasladar a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los bonos pensionales y lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración debidamente indexados** durante todo el tiempo que la actora permaneció en el RAIS, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente se condenará a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, **rubros que deberá cancelar debidamente indexados**, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos”.

Por lo dicho, considera la Sala necesario **MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia**, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A. debe trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hayan descontado a la señora María Rocío Castilblanco Torres por concepto de **gastos de administración debidamente indexados**.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2020-00060 -01.

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el **principio de sostenibilidad financiera**, tal como ya lo estudio la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, según la cual, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2020-00060 -01.

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A. debe trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado a la señora María Rocío Castilblanco Torres por concepto de **gastos de administración debidamente indexados.**

**SEGUNDO.** – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia

**TERCERO.** – Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2020-00060 -01.

Demandante: **MARÍA ROCÍO CASTILBLANCO TORRES.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

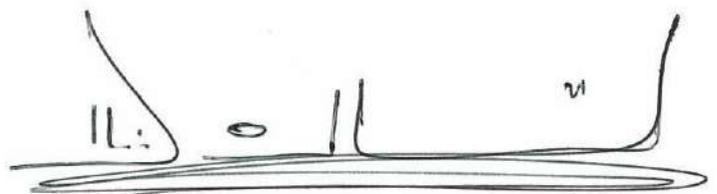
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

*Aclaro Voto!*

Código Único de Identificación: 11001310501420190011501

Demandante: **ANCIZAR APONTE LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, y a estudiar en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, el 01 de julio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ANCIZAR APONTE LEÓN** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante a los fondos de pensiones ING (hoy Protección S.A.), Porvenir S.A. y Old Mutual S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a los fondos de pensiones antes mencionados, trasladar a Colpensiones todos los aportes que posee el demandante en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y a esta última se le ordene recibir a satisfacción la integridad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que los fondos de pensiones a los que estuvo afiliado deduzcan costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno, así como activar la afiliación y actualizar la historia laboral del actor.

De manera subsidiaria depreca se declare que las AFP causaron un perjuicio al accionante y por ende se les condene al pago de indemnización de perjuicios, correspondiente a la diferencia entre la pensión de vejez que le otorgue el régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) y la que hubiese podido percibir en el régimen de prima media (en adelante RPM).

Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

**1)** Nació el 28 de octubre de 1961; **2)** Se afilió al RPM administrado por el ISS desde el 26 diciembre de 1980; **3)** Realizó aportes al ISS hasta el 8 de octubre de 1999; **4)** Se afilió a la AFP ING (hoy Protección S.A.) el 1° de octubre de 1999 e

hizo aportes hasta el 30 de septiembre de 2003; **5)** Se afilió a Porvenir S.A. el 18 de septiembre de 2003; **6)** Se afilió a Old Mutual S.A. el 1° de marzo de 2008 e hizo aportes hasta el 30 de septiembre de 2009; **7)** Se afilió a Porvenir S.A. el 26 de agosto de 2009, fondo al que se encuentra actualmente afiliado; **8)** Las AFP del RAIS en las que estuvo y está vinculado, no le proporcionaron la información suficiente que le permitiera la adecuada comparación de las condiciones financieras ofrecidas en el mercado; y **9)** El consentimiento en el acto de afiliación posee el vicio del dolo, ya que las AFP antepusieron sus intereses propios a los intereses del afiliado .

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**OLD MUTUAL S.A.** (Fl. 25 a 68. Archivo No. 002), contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa, propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a la AFP Old Mutual S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la genérica.

**PROTECCIÓN S.A.** (fls. 78 a 123 Archivo No. 002), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado

a dicho régimen, traslado de aportes a Porvenir S.A., falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y la genérica.

**PORVENIR S.A.** (Fl. 130 a 175 Archivo No. 002), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

**COLPENSIONES**, (fl. 182 a 212), contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa, propuso como excepciones las que denominó validez de la afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, imposibilidad de reconocimiento de pensión de vejez, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución, compensación, prescripción y la innominada.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, **declarando la ineficacia** del traslado de régimen pensional realizado por el demandante del R.P.M al R.A.I.S administrado por Davivir hoy Protección S.A. y como consecuencia de lo anterior, ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus frutos, intereses y rendimientos; así mismo, ordenó a Protección S.A., Old Mutual S.A. y Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones, de su propio patrimonio e indexados, los

deterioros sufridos por los recursos administrados al actor incluyendo gastos de administración, primas de seguros y demás. Finalmente, ordenó a Colpensiones a aceptar al actor en el RPM, reactivar su historia laboral y corregirla conforme los dineros que le sean trasladados del RAIS.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

**PROTECCIÓN S.A.**, argumentó que, la comisión de administración es un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993, con una modificación posterior del artículo 7 de la Ley 797 de 2003, siendo estas las normas que facultan o autorizan a los fondos de pensiones a realizar el descuento del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados, descuento que se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima de seguro previsional, siendo este un descuento que opera en ambos regímenes pensionales.

Indicó que, con el certificado de aportes trasladados de la cuenta individual de ahorro del demandante, se demuestra que sus aportes obtuvieron ganancias significativas frente a lo ahorrado, lo que da cuenta que fueron debidamente administrados por esta AFP.

Adujo que, con la orden de devolución de lo descontado por comisión de administración, se constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, porque se está recibiendo una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez del demandante y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración de la AFP, por lo que ello faculta a este fondo a conservar esa comisión como restitución mutua a su favor.

Señaló que, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior en

sentido estricto, se producirían las siguientes consecuencias: i) el contrato de afiliación nunca existió, ii) Davivir o Protección S.A. no debieron administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante y por lo tanto los rendimientos que produjo esa cuenta no se debieron haber causado y tampoco debió haber existido el cobro de una comisión de administración; sin embargo, las normas plantean la figura de las restituciones mutuas, sin que pueda desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras producto de la buena gestión de Protección S.A., la cual hizo rentar el patrimonio del demandante, obteniendo rendimientos financieros, lo que faculta a al AFP a conservar la comisión de administración.

Citó la teoría de las prestaciones acaecidas, la cual no se puede desconocer cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y la Seguridad Social, y como quiera que se están aplicando de manera analógica las consecuencias de la nulidad del derecho privado, entonces en estricto sentido debe darse la restitución completa de prestaciones que uno y otro recibió, de lo que se concluiría que si no debió haberse descontado la comisión de administración tampoco debieron haber existido los rendimientos financieros.

Precisó que el Decreto 2555 del 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por los fondos de pensiones es a su vez vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, siendo importante citar el concepto de dicha entidad de fecha 17 de enero del 2020, en el que se indicó que, cuando se declara judicialmente la nulidad e ineficacia la afiliación se debe dar aplicación estricta del artículo 7 del Decreto 3995 el 2008 que establece que cuando se trasladó de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros que se generan y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de pensión mínima respetando en todo caso la gestión de administración desarrollada por los fondos de

pensiones, la destinación de estos aportes y la gestión que está generando los rendimientos, adicionalmente, indica que no se debe trasladar lo descontado o girado por primas de reaseguro, ya que dicho porcentaje fue sufragado por una compañía aseguradora que cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura de las posibles contingencias de invalidez o sobrevivencia que sufriese el afiliado durante la vigencia de su póliza, sin que este dinero se encuentre en manos de la AFP, pues fue girado a un tercero en cumplimiento de un mandato legal.

Concluye indicando que, frente al porcentaje destinado a la comisión de administración, opera el fenómeno de la prescripción, ya que es un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que le impone la ley y porque este porcentaje no financia directamente la prestación económica de vejez.

**PORVENIR S.A.**, señaló que se le está dando una aplicación automática a la jurisprudencia, debiendo estudiarse cada caso de manera particular, máxime cuando la jurisprudencia no puede aplicarse en este caso porque los demandantes de esas sentencias son personas que tenían una expectativa legítima cuando fueron trasladados y se está equiparando el caso del demandante a esas sentencias, sin estudiarse de manera particular, máxime cuando no existe una demostración, ni siquiera un esfuerzo mínimo probatorio y simplemente se pretende, ante la existencia de una jurisprudencia, que se declare de manera automática la nulidad.

Indicó que, se echa de menos que en la sentencia de primer grado no se haya estudiado que al demandante se le han cubierto los riesgos de invalidez y sobrevivencia durante toda la vinculación a esa AFP, además no se observa que Porvenir le haya propuesto al accionante una pensión superior, partiendo de unas manifestaciones superfluas que no tiene demostración en el plenario.

Adujo que no se discute la existencia del deber de información para el año en que el demandante se trasladó de régimen, solamente que con posterioridad desde el año 2014 se impuso la obligación de dejar constancia de las asesorías brindadas a los afiliados, siendo la constancia de la asesoría dada al demandante el formulario de afiliación y hoy se está exigiendo a Porvenir S.A. que demuestre la asesoría, siendo ello imposible cuando el demandante se encuentra vinculado desde el año 1999 en el RAIS.

Precisó que no se observó el incumplimiento de lo contratado, ya que se dio cumplimiento a cabalidad del objeto del contrato, pues se generaron unos rendimientos financieros, por lo que no se puede declarar que la AFP deba responder con su propio patrimonio y además devolver unos gastos de administración, además, dijo, no sé tuvo en cuenta que el demandante ha gozado de esos seguros por los cuales Porvenir S.A. ha tenido que pagar ya que esos riesgos de invalidez, sobrevivencia y vejez se han cubierto a cabalidad.

**OLD MUTUAL S.A.**, indicó que al descontar los gastos de administración se está obrando conforme a la Constitución y la ley, siendo estas comisiones, por el manejo de los aportes obligatorios, de consagración legal encontrándose contemplados en la Ley 100 de 1993, por ello, las AFP están legalmente facultadas para cobrar a sus afiliados por el manejo de los aportes que realizan, ya que este cobro obedece a un mandato a voces de la Superintendencia Financiera.

Por lo anterior, expuso, como quiera que la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende Old Mutual S.A. no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante y por ende los rendimientos no se

causaron y tampoco debió haberse cobrado una comisión por el manejo de esa cuenta de ahorro individual.

Adujo que la orden de devolución de los gastos de administración debidamente indexados constituye un enriquecimiento sin causa a favor del actor, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de esa AFP, sin ordenar que él pague ningún concepto por la gestión realizada por Old Mutual S.A.

**COLPENSIONES**, expuso que no se realizó una valoración probatoria integral respecto del interrogatorio de parte rendido por la accionante, pues no se tuvieron en cuenta las situaciones específicas del caso, ni el dicho del demandante, máxime cuando en este se evidenciaron inconsistencias en el dicho del actor.

Indicó que el demandante cuenta con 1.800 semanas cotizadas, sin embargo no se evidencia que se haya acercado a las oficinas del fondo privado al que está afiliado a verificar cuál sería el monto pensional que le correspondería, máxime cuando todavía no se encuentra cerca la fecha para la redención del bono pensional.

Manifestó que el demandante solo efectúa simples afirmaciones que carecen de valor probatorio, siendo el principio procesal el de probar y no el de manifestar, encontrándonos frente a supuestos de la pensión que le correspondería al demandante en el hipotético caso que estuviese afiliado al RPM.

#### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

## **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el

potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, **(SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

**a) Sobre el deber de información**, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente”

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**c) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“...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 desfavor de los consumidores financieros.

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26

de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:**

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

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, **sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional**, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

## VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 26/12/1980 (fl 189 Archivo 002); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 31/08/1999 a través de la A.F.P Davivir – hoy Protección S.A. (fl 78 y 80 Archivo 002); **iii)** que efectuó traslados entre administradoras del RAIS, así: **1)** a Porvenir S.A. el 18/09/2003 (fl. 131 y 132 Archivo 002), **2)** Old Mutual el 19/01/2008 (fl. 35 y 132 Archivo 002), y **3)** Nuevamente a Porvenir S.A. el 26/08/2009 (fl. 130 y 132 Archivo 002); y **iv)** el día 11/09/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 168 Archivo 001), y en el mismo sentido elevó petición ante Old Mutual S.A., Protección S.A. y Porvenir S.A. los días 11 y 12 de septiembre de 2018 (fls. 9, 57 y 118 Archivo 001)

Pues bien, a folios 78 (Archivo 002) se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió 31/08/1999 con la AFP Davivir (hoy Protección S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la

---

<sup>1</sup>Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Frente al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Protección S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, dando al traste con lo argüido por Porvenir S.A. al sustentar su recurso.

Ahora bien, argumenta la A.F.P. PORVENIR S.A. en su apelación que para la época en que el demandante efectuó el traslado de régimen la constancia de la asesoría era el formulario de afiliación, argumento que no es de recibo pues si bien para la fecha en que el accionante se afilió a esa AFP - agosto de 1999 - no era obligación dejar documento distinto al formulario de afiliación que probara la información dada al afiliado, no es menos cierto que lo que se echa de menos es la prueba por cualquier medio probatorio de que efectivamente brindó asesoría en la forma debida.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá

de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A. (antes Davivir), al no haber arribado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Aponte León en el traslado que este realizó en el año 1.999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones- sin que para el efecto el formulario de afiliación de fls 78 y 80, tenga alcance alguno, por las razones que precedentemente quedaron expuestas, de manera que, COLPENSIONES pese a no participar en el acto de traslado está obligada a recibirla, pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es: PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, así como las AFP PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A. – SKANDIA quienes en algún momento tuvieron a cargo la administración de la cuenta de ahorro individual del actor, también deberán devolver los dineros correspondientes a los descontados por gastos de administración y los que tuvieron

como destino el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, debidamente indexados razones por las que Considera esta Sala que las motivaciones que se exponen en las sentencias precedentemente referidas, le brindan al fallador de primer grado razones para incluir no solo los gastos de administración, sino los demás dineros, como aquellos para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada(SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales,

toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargos que se

adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a lo argüido por Colpensiones al momento de sustentar su recurso, referente a que el demandante también tenía el deber de informarse, si bien los consumidores financieros también tienen obligaciones, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado al afiliado la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Finalmente y frente al particular, considera la Sala, que, contrario a lo estimado por los recurrentes, la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los

porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

#### **IX. COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de las administradoras de fondos de pensiones Protección S.A., Old Mutual S.A. y Porvenir S.A.

#### **X. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** en su integridad la sentencia de origen y fecha conocidos, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310501420190011501

Demandante: **ANCIZAR APONTE LEÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

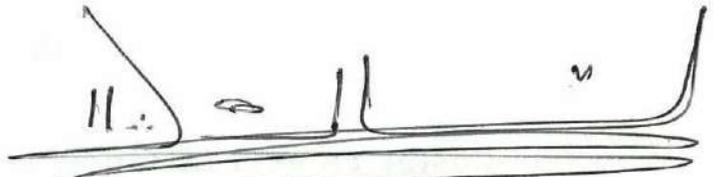
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

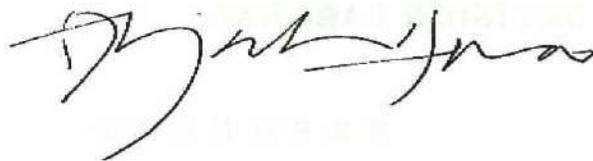


**DAVID A.J. CORREA STEER**

Aclaro Voto!

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las AFP demandadas, esto es PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.  
Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**  
Demandado: **A.D.R.E.S.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por las apoderadas de ambas partes y estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **E.P.S. SANITAS S.A.** promoviese contra la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- A.D.R.E.S.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento de perjuicios en la modalidad de daño emergente derivado del rechazo infundado de 151 recobros, que ascienden a la suma de \$352'543.603; que se reconozca la suma

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

de \$35'254.360 por concepto de gastos administrativos; e intereses moratorios o indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa narró los siguientes hechos: **1)** Autorizó y cubrió 151 terapias no incluidas dentro del plan obligatorio de salud a diferentes usuarios del sistema de seguridad social en salud; **2)** Dentro de los recobros se encuentran 105 terapias que fueron ordenadas por autoridades judiciales, y 46 por parte del Comité Técnico Científico; **3)** Una vez suministrados y pagadas las facturas, estas fueron radicadas ante la E.P.S. ante el Ministerio de Salud y Protección Social, sin embargo, no se aprobó el pago del correspondiente importe; **4)** FOSYGA informó el resultado de la auditoría que realizó para negar los servicios pretendidos; **5)** El 04 de enero de 2016, elevó segunda reclamación solicitando el pago de las facturas, la que fue recibida el 15 de abril de 2016; y **6)** Los gastos administrativos requeridos se han concretado en el desplazamiento de personal locativo, logístico y técnico científico requerido para tal fin.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

**A.D.R.E.S.** (fls. 3451 a 3488), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó culpa exclusiva de la E.P.S. recobrante, inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad de la demandada, improcedencia del pago de intereses moratorios, la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil, y prescripción.

Aceptó la fecha fue efectuada segunda reclamación- 04 de enero de 2016- , solicitándose el pago de las facturas; y que recibió tal petición el 15 de abril de 2016. No aceptó ningún hecho adicional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

Adujo que hay lugar a reconocer recobros, siempre y cuando la solicitud cumpla con todos los requisitos legales, de modo que, este reconocimiento es una mera expectativa; y que los recobros pretendidos se encuentran incluidos dentro del plan de beneficios, por demás que no reúnen los requisitos exigidos por la normatividad, y fueron presentadas extemporáneamente.

Precisó que maneja recursos públicos (fiscales y parafiscales) con destinación específica, por lo que, no puede autorizar gastos que no corresponden a créditos judicialmente reconocidos, pues estos pagos deben protegerse para evitar pagos indebidos.

Señaló que la entidad contratada para realizar la auditoria efectúa la evaluación y si procede, remite al Ministerio de Salud y Protección Social la correspondiente ordenación del gasto y autorización de su giro, de manera que, si el recobro no es viable jurídicamente no es factible realizar su pago; y que los servicios suministrados tienen un precio tope, no se reconocen sobre el valor comercial, sino sobre lo que establezca en las resoluciones emitidas para tal propósito.

Explicó que dentro de la Resolución 4251 de 2012 se encuentran las terapias ABA incluidas dentro del plan de beneficios, pero únicamente en lo referente en lo relacionado con salud, puesto que la parte de carácter educativo, instruccional o de capacitación está excluida del plan de beneficios, ya que, su finalidad es de carácter pedagógico; y que los servicios como los de cuidador y pañales tampoco son propios del ámbito de la salud.

Finalmente, dijo que los intereses moratorios no son procedentes al no existir una obligación principal; que sólo frente a los recobros requeridos en tiempo hay lugar a intereses

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

moratorios; y que la indexación es incompatible con la condena de intereses.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

**PRIMERO: CONDENAR** a la A.D.R.E.S. al pago a favor de la demandante de la suma de \$100'868.620 por concepto de 62 recobros que se consideran ajustados a derecho, suma que se pagara debidamente indexada desde el 19 de julio de 2016 hasta el momento efectivo de su pago por parte del A.D.R.E.S.

**SEGUNDO: ABSOLVER** a la A.D.R.E.S. de los correspondiente al recobro de 143 ítems por valor de \$246'421.883 que se consideró que no se ajustaban a los presupuestos legales, y frente a estos ítems, **DECLARAR** demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a CUATRO (4) SMLMV para el año 2021.

En síntesis, reseñó que fueron objeto de desistimiento las facturas con radicados desistidos 26066308, 26066309, 26066310, 26099119, 26099564, y 26099592; que el término prescriptivo de las facturas es de tres años según los lineamientos del artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 y 489 del C.S.T., sin que se encuentre afectado por dicho fenómeno ninguno de los recobros elevados por la E.P.S.; que lo referente a equinoterapias, musicoterapias, caninoterapias, y terapias ABA en general no están incluidos en el antiguo P.O.S, y fueron reconocidos por la E.P.S. por orden de tutela en aras de proteger el derecho fundamental de la salud, por lo que, debía la entidad prestadora de salud, ordenar su pago; y que no hay lugar al reconocimiento y pago de las demás facturas, como quiera que no está demostrado que se hubieren reconocido por cuestiones relacionadas con la salud de cada paciente, indicando que debía recordarse que este tipo de terapias también pueden ser de origen educacional o con el fin de lograr un mejor bienestar.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.  
Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**  
Demandado: **A.D.R.E.S.**

Concluyó advirtiéndolo que no hay lugar a reconocer gastos administrativos, pues ante instancias judiciales, lo que resarce el pago de estos valores son las costas; que no hay lugar a intereses moratorios, ya que, estos están circunscritos a la actuación administrativa, y no judicial; y que por lo anterior, se accederá al reconocimiento de los rubros objeto de condena debidamente indexados.

**IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

**PARTE ACTORA.**

Indicó frente a las facturas no reconocidas, que las tecnologías que se prestaron fueron consecuencia de una actividad desarrollada dentro del sistema de salud a personas que tienen una disminución de su capacidad neuronal o intelectual, aunado a que es ordenada por un profesional en esta área; que en ese orden de ideas, los servicios reconocidos buscan superar problemas en el escenario de la de salud y social, pese a que aún se encuentran en un campo experimental; que en la práctica nadie responde por este tipo de terapias, pese a que la E.P.S. asume su reconocimiento, siendo inviable acudir a instancias para el Ministerio de Educación para lograr su pago; y que hay lugar a pagar intereses moratorios, ya que las normas no están definidas para que se apliquen en estadios administrativos o estadios procesales, y que se deben reconocer desde la glosa o la ratificación de esta.

**A.D.R.E.S.**

Adujo que las terapias ABA son servicios experimentales, motivo por el que no pueden ser reconocidos con cargo al sistema de la salud; que las terapias ABA que tienen componente de salud ya se encuentran incluidos en el P.O.S; que no se tuvieron en cuenta otras glosas, tales como que ya están incluidos en el POS,

que existen errores en los cálculos de los recobros, que eran objeto de investigación de autoridades administrativas, extemporaneidad; y que la prescripción se debe contabilizar desde la fecha de la prestación de los servicios más no de su devolución.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de ambas partes, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a La Nación, se verificarán las condenas impuestas en contra de la A.D.R.E.S.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si los servicios prestados por la E.P.S demandante hacen parte del P.O.S., (hoy P.B.S) y si las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

denominadas terapias ABA deben ser cubiertas por el sistema integral de seguridad social en salud.

Previo a abordar el estudio del mencionado problema jurídico, resulta necesario precisar, si bien la Sala, es del criterio de que los asuntos como el de autos, no son de competencia de la jurisdicción laboral, remitiendo los procesos para la jurisdicción competente con sustento en decisiones de nuestro Órgano de Cierre y por la Sala de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, lo cierto es que en el caso de marras no es posible seguir el mismo hilo conductor, por cuanto, la competencia del presente asunto ya fue dirimida por el Consejo Superior de la Judicatura, asignando la misma al Juzgado 15 Laboral del Circuito, mediante proveído del 29 de junio de 2017 (fls. 87 a 98), lo que impide un nuevo pronunciamiento frente al tema.

**RECOBROS POR SERVICIOS NO POS.**

El recobro en salud consiste en la solicitud presentada por una entidad denominada recobrante a fin de obtener el pago de cuentas ya reconocidas y pagadas por concepto de servicios o tecnologías, cuyo suministro es garantizado a afiliados al régimen contributivo o subsidiado del sistema general de seguridad social en salud. En ese orden de ideas, el recobro es una respuesta del sistema de seguridad social en salud tendiente a que todos los habitantes del territorio nacional gocen de una protección integral en salud, pues permite que éstos accedan a determinados servicios o tecnologías que no están contempladas en el POS hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS). En relación con el papel de sistema de seguridad social en salud el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, establece que:

“El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad

<sup>1</sup> Decisiones APL1531 y APL3522 ambas de 2018 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, y del 11 abr. 2019, dictada dentro del rad. 25000 23 36 000 2016 01506 01 (62057) por la Sala de lo Contencioso Administrativo - Subsección A Sección Tercera del Consejo de Estado.

general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T-418 de 2013 expuso que, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

Así mismo, dijo la H. Corte Constitucional en sentencia T-224 de 2020 que, la fuente de financiación de los servicios o tecnologías que sea necesario reconocer a un paciente no puede convertirse en un obstáculo para que éste acceda a ellos. En tal sentido, las E.P.S. e I.P.S. deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación, de manera que, una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente.

Es así como el P.O.S. (hoy P.B.S), constituye una serie de parámetros o premisas que deben atender las E.P.S. de forma obligatoria para la atención en servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en los Acuerdos 29 de 2011, 031 y 034 de 2012 proferidos por la Comisión de Regulación en Salud – C.R.E.S., teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso, recuérdese que la Resolución 5521 de 2013 data del 27 de diciembre de 2013.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

Por su parte, el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, establece que la financiación de las E.P.S. para atender a sus afiliados según los parámetros del P.O.S., se da a través de la unidad de pago por capitación o U.P.C., o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el P.O.S., deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-A.D.R.E.S. como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de la Resolución 3099 de 2008.

De acuerdo con lo dispuesto en la citadas Resoluciones, es procedente el recobro de las tecnologías no incluidas en el P.B.S., en dos eventos: cuando se trata de un procedimiento, medicamento, ayuda diagnóstica, entre otros practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y cuando el procedimiento requerido por el paciente haya sido autorizado por el Comité Técnico Científico o C.T.C., conforme al procedimiento y limitantes que allí se establecen para tal aprobación.

En igual sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia T-313 de 2014 con fundamento en la sentencia la T-760 de 2008 señaló que en caso de duda acerca de la exclusión o no de un servicio de salud del P.O.S., debe aplicarse la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona, de conformidad con el principio *pro homine*; que la interpretación de las exclusiones debe ser restrictiva a la vez que la interpretación de las inclusiones debe ser amplia; y que una interpretación expansiva de las exclusiones es incompatible con el principio *pro homine*.

Ahora bien, la parte actora elevó sendas cuentas de cobro al Ministerio de Salud y Protección Social hoy representando por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, solicitando el valor de

\$352'543.603, en las que en resumen, se solicita el recobro por servicios referentes a musicoterapia, equinoterapia, terapia asistida con perros, y terapias de Análisis Conductual Aplicado-ABA.

Conforme a lo anterior, es claro que la controversia que se suscitó entre las partes tuvo origen, concretamente, en la prestación de servicios denominados terapias ABA, equinoterapias, terapia asistida con perros, y musicoterapia, a algunos usuarios del sistema de seguridad social en salud, tratamientos que a juicio de la parte demandada están incluidos en el P.O.S. o no tienen como fin la preservación de la salud, sino que son de tipo educacional o de bienestar del paciente, así como que son de índole meramente experimental; dicha afirmación también encuentra sustento en el Anexo Técnico de la Resolución 4251 de 2012 del Ministerio de Salud, en donde esta establece que las terapias ABA son programas *“para pacientes con diagnóstico de autismo, [que contienen] intervenciones, actividades y procedimientos en salud y educación”*; y que gran parte de estas *“terapias no cuentan con evidencia científica sobre su seguridad y efectividad”*, y que, en esa medida, financiarlas con recursos públicos *“estaría en contra de lo ordenado en el artículo 15 de la ley estatutaria de salud”*.

En igual sentido, es menester resaltar que las terapias fueron glosadas bajo los siguientes argumentos: *“aporta fallo de tutela que no corresponde a la tecnología en salud NO POS recobrada; el fallo de tutela o la providencia judicial aportados son ilegibles; el reconocimiento y pago del servicio o tecnología en salud NO POS, no le corresponde al FOSYGA; el usuario a quien se le suministró la tecnología en salud NO POS no le asistía el derecho al momento de la prestación del servicio; el valor de la tecnología y servicio en salud recobrado es superior al inicialmente glosado; la tecnología en salud autorizada u ordenada, facturada y entregada está incluida en el POS para la fecha de prestación del servicio; no se evidencia la entrega de la tecnología en salud NO*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

*POS objeto del recobro; y operó el fenómeno de caducidad para la interposición de las acciones legales”.*

Por tanto, existen cuatro aspectos fundamentales que deben ser revisados: **1)** Si se está frente a servicios incluidos en el POS; **2)** Si la tecnología debe ser cubierta por el sistema integral de salud; **3)** Si las facturas carecen de algún requisito legal, conforme a las glosas alegadas por la entidad demandadas; y **4)** Si frente a las facturas que sean objeto de condena operó el fenómeno de la prescripción.

Frente al **primer punto**, basta con acudir a los numerales 2 y 3 del artículo 6 del Acuerdo 29 de 2011, que excluye la tecnología en salud de carácter experimental y las que se utilizan con fines educativos, instruccionales o de capacitación durante el proceso de rehabilitación social o laboral:

**“ARTÍCULO 6o. CRITERIOS PARA LAS EXCLUSIONES.** Los criterios generales para las exclusiones explícitas del Plan Obligatorio de Salud son los siguientes:

(...) **2.** La tecnología en salud de carácter experimental o sobre la cual no exista evidencia científica, de seguridad o costo efectividad, o que no haya sido reconocida por las autoridades nacionales competentes.

**3.** La tecnología en salud que se utiliza con fines educativos, instruccionales o de capacitación durante el proceso de rehabilitación social o laboral (...).

Ahora bien, frente al **segundo punto**, esto es, si la tecnología debe ser cubierta por el sistema integral de salud, es necesario recordar que en las sentencias T-802 de 2014 y T-364 de 2019 se establece que las terapias objeto de estudio, son las llamadas “terapias sombra”, las que consisten en el servicio que presta una *“persona (maestro o niño, por ejemplo) que acompaña de manera permanente a un niño con [Trastornos del Espectro Autista - en adelante TEA-] a fin de vincularlo con el mundo exterior”* (T-364 de 2019), por lo que, en esa medida las aludidas terapias brindan acompañamiento terapéutico en ambiente natural, no obstante, carecen de evidencia científica

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

que la respalde, y en ese orden, se trata de un servicio de salud expresamente excluido del sistema de salud, por lo que, en principio, no puede ser financiado con los recursos públicos destinados a la salud, es por ello, que la H. Corte Constitucional estableció los siguientes parámetros a tener en cuenta:

“(ii) Para ordenar las terapias alternativas tipo ABA y de neurodesarrollo no POS, no basta con la simple prescripción médica (independientemente de si el profesional de salud pertenece o no a la red de la E.P.S.), sino que es necesario que **se justifique con base en criterios médico-científicos que el paciente va obtener una mejoría o progreso en su salud.** Asimismo, que **dicho método no puede ser sustituido** o reemplazado por uno de los servicios incluidos en el POS”;

(iii) Si la orden emana del personal médico de salud de la E.P.S. y cumple con los criterios jurisprudenciales de esta Corte, tales como (a) que **la falta del tratamiento, transgrede la vida, la salud y la integridad personal de un individuo**; (b) que se trate de un elemento que no puede ser sustituido por otro; y (c) que el **interesado no pueda costear los gastos.** La entidad prestadora de salud tiene la obligación de autorizar los mencionados métodos.

(iv) En el evento de que la prescripción provenga de un galeno ajeno a la E.P.S., los accionantes deben solicitar el referido tratamiento ante las entidades prestadoras del servicio de salud con el fin de que estas valoren dicho concepto sobre la base de criterios médico-científicos y en ningún caso con argumentos de tipo administrativo.

(v) En todo caso los accionantes tienen la obligación de demostrar que no cuentan con los recursos suficientes para sufragar las terapias ABA y de neurodesarrollo.

(vi) Una vez verificada la eficacia del tratamiento alterno (sobre estudios médico-científicos), la E.P.S. está obligada a proporcionar los procedimientos integrales en una IPS que forme parte de su red de prestadores y que brinde tanto profesionales especializados como instalaciones para llevar a cabo los tratamientos requeridos.

(vii) Las E.P.S. no están obligadas a prestar el servicio a través de una institución particular por el solo capricho del paciente o su familia, menos aún cuando la IPS elegida por aquellos no cumple con los estándares para llevar a cabo los tratamientos.

(viii) En caso de que las entidades prestadoras de servicio de salud no suministren tratamiento tipo ABA y de neurodesarrollo o no tengan convenio con una IPS, o que sus IPS no cuente con las condiciones de idoneidad requeridas, se encuentran obligadas a contratar la práctica de las mismas con una institución particular y debidamente autorizada por el Estado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

(ix) Sin los soportes correspondientes ningún juez constitucional es la autoridad competente para ordenar a una entidad promotora de salud la autorización de un tratamiento alternativo tipo ABA y de neurodesarrollo no POS, ni la competente para ordenar a la misma la realización del tratamiento en una institución con la cual no se tiene convenio". (Negrillas por la Sala).

Lo anterior, cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011:

**"ARTÍCULO 154. PRESTACIONES NO FINANCIADAS POR EL SISTEMA.** Son el conjunto de actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías médicas que no podrán ser reconocidas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el listado que elabore la Comisión de Regulación en Salud -CRES-. Esta categoría incluye las prestaciones suntuarias, las exclusivamente cosméticas, **las experimentales sin evidencia científica**, aquellas que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano y **las que no sean propias del ámbito de la salud**. Los usos no autorizados por la autoridad competente en el caso de medicamentos y dispositivos continuarán por fuera del ámbito de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Mientras el Gobierno Nacional no reglamente la materia, subsistirán las disposiciones reglamentarias vigentes". (Negrillas por la Sala).

De esta manera, es claro que para considerar que las terapias ABA se encuentran en cabeza del sistema integral de salud, no basta con que sean autorizadas por el médico tratante, sino que de forma excepcional es necesario que se encuentre plenamente justificado con criterios médico- científicos que el paciente va obtener una mejoría en su estado de salud, aunado a que debe estar suficientemente acreditado que la falta del tratamiento puede devenir en una vulneración del derecho a la vida, la salud, la integridad personal; que el tratamiento no pueda ser sustituido por otro; y que el interesado no tenga forma de costear los gastos del aludido tratamiento.

En cuanto al **tercer punto**, se deben observar los parámetros de la Resolución 3099 de 2008, de ser necesario y de conformidad con cada una de las glosas alegadas por la entidad demandada; y frente al **cuarto punto**, de ser el caso se acudirá a las normas que rigen la materia.

### **CASO CONCRETO.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La E.P.S. demandante reconoció y autorizó 151 terapias, tales como, equinoterapias, musicoterapias, terapias asistidas con perros, y en general otro tipo de terapias ABA a algunos de sus afiliados como consecuencia de una orden de tutela o por decisión del Comité Técnico Científico (medio óptico allegado como anexo a la demanda); y **ii)** Radicó ante el Ministerio de Salud y de la Protección Social los correspondientes recobros entre el 15 de julio de 2013 y el 16 de mayo de 2014, no obstante, fueron glosados por parte de esta entidad (medio óptico allegado como anexo a la demanda); y **iii)** El 04 de enero de 2016 solicitó nuevamente el pago de los 151 recobros, empero fueron negados por parte del Ministerio de Salud y de la Protección Social el 15 de abril de 2016 (medio óptico allegado como anexo a la demanda).

Dicho lo anterior, procede la Sala a verificar los recobros, haciéndose necesario recordar que los radicados **26066308, 26066309, 26066310, 26099119, 26099564, y 26099592**, fueron desistidos en audiencia del 09 de julio de 2019 (fls. 3517 a 3519).

En cuanto a los demás recobros, encontramos que los enumerados como **25866502, 26035363, 26066311, 26066414, 26066429, 26066435, 26066450, 26066455, 26066456, 26066461, 26066462, 26099105, 26099108, 26099114, 26099129, 26099130, 26099308, 26099326, 26099327, 26099330, 26099333, 26099336, 26099338, 26099480, 26099596, 26099615, 26099617, 26099721, 26099761, 26099763, 26099774, 26099841, 26099843, 26099846, 26099847, 26099858, 26099859, 26099863, 26099924, 26099955, 26100062, y 102733992** por valor de **\$100'868.620**, fueron ordenados por vía fallo de tutela, fallos que fueron debidamente allegados al plenario y de los que se puede desprender de la lectura de cada providencia que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

ordenaron y entregaron amparándose en el derecho fundamental de la salud, por lo que, en estos casos, para la Sala es claro que los criterios médico- científicos para obtener una mejoría en el estado de salud, la capacidad de pago del interesado, y la imposibilidad de sustituir el tratamiento, ya fueron evaluados por una autoridad judicial a través del medio constitucional de la tutela, quien en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de los afiliados ordenaron su reconocimiento siguiendo los lineamientos de la H. Corte Constitucional para su reconocimiento, decisiones que hicieron tránsito a cosa juzgada, y por lo que, en tales condiciones, es dable autorizarlos y pagarlos.

En este punto se resalta, que conforme al criterio de la H. Corte Constitucional en sentencia T-802 de 2014 ningún juez constitucional puede sin los soportes correspondientes, ordenar a una E.P.S. la autorización de un tratamiento alternativo tipo ABA y de neurodesarrollo NO POS, ni es el competente para ordenar la realización del tratamiento a una institución con la que no se tiene convenio; razón por la que las decisiones que ya fueron proferidas por jueces constitucionales se entienden ajustadas a los parámetros aludidos, pudiendo en todo caso, la E.P.S. en su oportunidad, agotar cada uno de los medios de impugnación previstos en la ley para lograr su absolución, de considerar que el juez constitucional no tuvo en cuenta lo ordenado por la H. Corte Constitucional.

De igual manera, se hace necesario aclarar que los demás motivos en que se fundamentaron las glosas de las facturas aludidas y que son objeto de condena, únicamente versaron sobre los siguientes aspectos: *“Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga”*, no obstante, no se demostró pago; *“como consecuencia del acta de C.T.C. o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios”* y/o *“la tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación”*, empero, no se

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

encuentra que las tecnologías se encuentren cubiertas por el POS - hoy plan de beneficios-, conforme a lo expuesto en el precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional (sentencias T-802 de 2014 y T-364 de 2019).

Por otra parte, y frente a los siguientes recobros, es necesario advertir que si bien fueron aprobados por fallo de tutela, lo cierto es que no se arrió la correspondiente sentencia para verificar si se reconocieron con fundamento en el derecho fundamental de la salud, por lo que, no es dable proceder a efectuar su condena, como quiera que se carece de prueba que justifique suficientemente si su reconocimiento obedeció a criterios médico- científicos para obtener una mejoría en el estado de salud de los afiliados, así como la capacidad de pago del interesado, y la imposibilidad de sustituir el tratamiento:

- **25644233, 25808292, 25808385, 25808387,**  
**25822110, 25958167, 25958234, 26035311,**  
**26066363, 26066417, 26066424, 26066428,**  
**26066434, 26066436, 26066437, 26066454,**  
**26066468, 26099062, 26099063, 26099064,**  
**26099090, 26099102, 26099103, 26099107,**  
**26099109, 26099110, 26099111, 26099112,**  
**26099113, 26099115, 26099121, 26099122,**  
**26099123, 26099124, 26099310, 26099312,**  
**26099313, 26099321, 26099324, 26099328,**  
**26099329, 26099332, 26099334, 26099335,**  
**26099337, 26099842, 26099845, 26099848,**  
**26099849, 26099850, 26099852, 26099854,**  
**26099855, 26099856, 26099857, 26099883,**  
**26099912, 26099938, 26099958, y 26099959.**

Finalmente, y en cuanto a los siguientes recobros, se encuentra que fueron aprobados por el Comité Técnico Científico, de la entidad, quien fundamentó en cada caso el reconocimiento de las terapias en aspectos tales como, que se solicitaba

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

rehabilitación integral porque es el tratamiento con mayor de efectividad terapéutica para el control de la sintomatología producida por la patología de base, disminuir los riesgos de la patología base y mejorar la calidad de vida del paciente, para el manejo de la sintomatología, para evitar la decadencia de la misma enfermedad, y por aspectos psicosociales y de educación, por lo que, en tales condiciones si bien se logra verificar que la finalidad de la mayoría de estos era evitar que la falta del tratamiento, transgrediera la vida, la salud y la integridad personal del paciente, lo cierto es que son insuficientes para establecer que el interesado no contaba con capacidad de pago, así como que no existía algún tratamiento que pudiera sustituir el que fue autorizado por el Comité Técnico Científico; por demás que de algunas de estas tuvieron fines educativos, instruccionales o de capacitación para la rehabilitación social o laboral (57311087 y 57311187).

- 55432319, 56616052, 56616054, 56616055, 56616056, 56616059, 56616060, 56616061, 56616064, 56616065, 56616069, 56616070, 56616072, 56616073, 56616089, 56616111, 56616122, 56616123, 56616124, 56616132, 56616134, 56616148, 56616151, 56616163, 56616166, 56797275, 56805847, 56806033, 57073332, 57073333, 57073361, 57100999, 57307272, 57311087, 57311187, 57311295, 57311296, 57412885, 57412911, 57475289, 57475290, 57475291, y 57553110.

Por lo anterior, la Sala considera acertada la decisión del A Quo en cuanto a la absolución de tales recobros, razón por la que en el punto se CONFIRMARÀ la sentencia y se procede finalmente, a verificar la excepción de prescripción.

### **PRESCRIPCIÓN.**

Teniendo en cuenta que el caso fue asignado a la especialidad laboral por mandato del Consejo Superior de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

Judicatura- Sala Disciplinaria, tal y como da cuenta la providencia del 12 de febrero de 2018, (cuaderno 414-16 de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura) las normas que imperan en el asunto son las de la materia, esto es, el 151 del C.P.T y de la S.S, que señala un término de tres años desde que la obligación se hizo exigible.

En igual sentido, y en gracia de discusión, y dado que al criterio de la H. Corte Suprema de Justicia en Sala Plena el 23 de marzo del 2017, Exp. 110010230000201600178-00, reiterado el 25 de mayo del mismo año, Exp. 110010230000201600260-00, el caso versa sobre facturas y sería competencia de la especialidad civil, y en este caso por cuanto se demanda un ente público la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, (mirar providencia del 12 de abril de 2018, APL1531-2018, Exp. 110010230000201700200-01; criterio avalado por la H. Corte Constitucional en providencia A-389 de 2021), la conclusión a la que se arribaría sería exactamente la misma, esto es, que el término de prescripción es de tres años. Lo dicho, por cuanto en pronunciamiento del H. Consejo de Estado, sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, se consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

“2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

(...)

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como "...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito".

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

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

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

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

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

En consecuencia, considera la Sala que, habiéndose emitido las facturas en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria".

En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley y que prescriben en tres años.»

Así las cosas, no operó el fenómeno prescriptivo, dado que, la fecha de prestación de los recobros objeto de condena datan del **22 de octubre de 2012 al 11 de junio de 2013**; se elevaron las respectivas reclamaciones entre el **15 de julio de 2013 y el 16 de mayo de 2014**, con lo que se logró la interrupción y suspensión de la prescripción hasta que se profiriera respuesta; se notificó la respuesta negativa del pago de los recobros entre el **16 de septiembre de 2016** y el 01 de septiembre de 2014; y se demandó el **19 de julio de 2016** (fl.3431), esto es, dentro de los tres años contados, inclusive, desde la primera respuesta a la reclamación de recobro.

Así las cosas, se considera que fue acertada la decisión del A Quo en tal sentido, por lo que es acertada la condena respecto de las facturas aludidas las que corresponden a un valor total de **\$100'868.620**, de modo que se **CONFIRMARÀ** la condena impuesta, y se procederá a verificar si hay lugar a intereses moratorios.

#### **INTERESES MORATORIOS.**

El artículo 7 del Decreto 1281 de 2002 señala:

“(…) Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. **Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses**, ni otras sanciones pecuniarias.” (Resaltado por la Sala)

En la misma dirección, respecto del término para la presentación de los recobros el artículo 13 ejusdem, modificado por el artículo 111 del Decreto 19 de 2012, señaló:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.

Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**

Demandado: **A.D.R.E.S.**

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

Así las cosas, de las disposiciones normativas en cita, claramente se evidencia la procedencia de los intereses moratorios cuando las glosas son infundadas, siempre y cuando **el cobro se presente dentro de los seis meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador**, y bajo dicha precisión, procedió la Sala a verificar la base de información contenida en el medio óptico anexo a la demanda, encontrando que 17 de los 62 recobros cuyo pago se dispuso en primera instancia, fueron radicados cuando ya se había superado el término de seis meses señalado por el citado Decreto 1281 de 2002, razón por la cual se condenará al pago de intereses moratorios, de los siguientes recobros:

- 26035363, 26066429, 26066435, 26066455, 26066456,
- 26066461, 26066462, 26099105, 26099108, 26099114,
- 26099129, 26099130, 26099308, 26099326, 26099327,
- 26099330, 26099333, 26099336, 26099338, 26099761,
- 26099774, 26099841, 26099843, 26099846, 26099847,
- 26099858, 26099863, 26099924, 26099955, y 26100062.

En otras palabras, se **REVOCARÁ el numeral primero** de la sentencia, en cuanto condenó a reconocer y pagar la totalidad de recobros indexados, para en su lugar establecer que frente a los recobros aludidos se deberán pagar los intereses moratorios previstos en el Artículo 7° del Decreto 4797 de 2007, y que frente a los demás su pago se deberá realizar debidamente indexado, pues en todo caso, se han visto sometidos a depreciación monetaria.

## **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Costas en esta instancia a cargo de la A.D.R.E.S.

## **VIII. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** - **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral primero de la sentencia, en cuanto condenó a pagar la totalidad de los recobros debidamente indexados, para en su lugar establecer que respecto de las facturas con los siguientes radicados, se deberán pagar los **intereses moratorios** previstos en el Artículo 7° del Decreto 4797 de 2007:

26035363, 26066429, 26066435, 26066455, 26066456,  
26066461, 26066462, 26099105, 26099108, 26099114,  
26099129, 26099130, 26099308, 26099326, 26099327,  
26099330, 26099333, 26099336, 26099338, 26099761,  
26099774, 26099841, 26099843, 26099846, 26099847,  
26099858, 26099863, 26099924, 26099955, y 26100062.

Frente a las demás facturas su pago se deberá realizar debidamente **indexado.**

**SEGUNDO.** - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia

**TERCERO.** -.Costas en esta instancia a cargo de la A.D.R.E.S.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2016-00414 -01.  
Demandante: **E.P.S. SANITAS S.A.**  
Demandado: **A.D.R.E.S.**

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

Los Magistrados,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**DAVID A.J. CORREA STEER**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la A.D.R.E.S.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00343 -01  
Demandante: **ELVIS ANDRÉS CARRILLO GÓMEZ.**  
Demandado: **GRUPO EDITORIAL ORON S.A.S.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ELVIS ANDRÉS CARRILLO GÓMEZ** promoviese contra **GRUPO EDITORIAL ORON S.A.S.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales debidas al momento de la terminación del contrato de trabajo, tomando como salario la suma de \$1'257.995, e indemnización moratoria.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00343 -01  
Demandante: **ELVIS ANDRÉS CARRILLO GÓMEZ.**  
Demandado: **GRUPO EDITORIAL ORON S.A.S.**

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:  
**1)** Suscribió un contrato de trabajo a término fijo con la sociedad demandada el 01 de junio de 2017, por el término de 11 meses, para desempeñar el cargo de Asesor Pedagógico y Comercial; **2)** Devengaba \$737.717 más auxilio de transporte y de alimentación, es decir, \$1'257.995; **3)** El 01 de junio de 2017 se modificó su contrato de trabajo mediante otro sí; **4)** El 15 de mayo de 2018 presentó renuncia, la que fue alterada señalándose que el corte del contrato era el 30 de abril de 2018, que se autorizaba el descuento de préstamo, que la cartera pendiente era de \$19'542.000, y que presentaría soportes originales; **5)** Presentó denuncia contra Yenny Consuelo Benavides; y **6)** Se le hizo llegar una liquidación falaz de su contrato de trabajo, en el que se relaciona un descuento por préstamo que jamás autorizó por \$950.000, y una liquidación neta de \$388.069.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**GRUPO EDITORIAL ORON S.A.S.** (fls. 26 a 35), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, prescripción, mala fe, y la genérica o innominada.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo a término fijo con el actor, la fecha de inicio de este, el salario pactado de \$737.717; la suscripción de un otrosí el 01 de junio de 2017; y que el 15 de mayo de 2018 se presentó renuncia por parte del demandante. Negó los demás hechos.

Indicó que si bien la señora Yenny Consuelo Benavidez Guzmán de su puño y letra hizo anotaciones en la carta de renuncia inicial, fue por cuanto se acordó con el trabajador que

el contrato se liquidaría hasta el 30 de abril de 2018, quien estuvo presente al momento de realizarse las modificaciones; que el actor tenía una cartera de \$19'542.000, valor que fue prestado por la empresa, arribándose al acuerdo de que se le podría descontar un valor de \$950.000 de su liquidación de prestaciones sociales y que entregaría soportes originales de la obligación, los que nunca fueron allegados.

Adujo que no es dable liquidar las prestaciones sociales sobre la base de \$1'257.995, toda vez que los auxilios de transporte y de alimentación fueron pactados como no constitutivos de salario.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de abril de 2021 dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

**PRIMERO: DECLARAR** que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2017 y el 15 de mayo de 2018.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada, el pago a favor del demandante, las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

**A.** Cesantías, \$326.578.

**B.** Intereses a las cesantías, \$38.579.

**C.** Prima de servicios, \$321.578.

**D.** Vacaciones, \$144.476

**E.** Indemnización moratoria parcial la suma de \$2'202.614.

**TERCERO: AUTORIZAR** a la demandada para que de los valores que son objeto de condena en el numeral segundo de la parte resolutive, se descuente la suma de \$600.000, por concepto de préstamos o deudas que tenía pendiente el trabajador de cancelar, a favor de la empleadora, frente a esas declarar la excepción de compensación.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la demandada, para el efecto se fija como agencias en derecho, lo correspondiente a \$571.165, que estará a cargo de la parte demandada a favor de la parte actora.

En síntesis, refirió que con el contrato de trabajo obrante en el plenario se encuentra acreditado que el actor empezó a laborar el 01 de junio de 2017; que conforme al interrogatorio de

parte de la demandada se logra desprender que el actor laboró hasta el 15 de mayo de 2018; que no será objeto de mención las adulteraciones que se pudieron realizar de la carta de renunciada, dado que carece de competencia para ello, quedándose únicamente a lo que expresamente se estableció, esto es, que data del 15 de mayo de 2018; y que el expediente se haya huérfano de alguna prueba que dé cuenta que el auxilio de transporte o el auxilio de alimentación constituye salario, pues ninguna da cuenta que se pagaran como retribución del servicio.

Liquidó el valor de las prestaciones sociales y vacaciones; y concluyó que hay lugar a sanción moratoria hasta el día en que se efectuó el pago por consignación en un despacho judicial, suma que ascendió a \$2'202.614; que está acreditado que el accionante solicitaba préstamos a la sociedad demandada, adeudándose al momento de finalizar la relación laboral la suma de \$600.000, valor que podrá ser descontado por parte de ésta; y que lo anterior es conteste con el criterio de la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, quien ha manifestado que los descuentos es dable efectuarlos cuando se finiquita un contrato laboral.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **PARTE DEMANDADA.**

Indicó que no hay lugar a sanción moratoria, dado que esta no es automática, y debe estar demostrada la mala fe del empleador; que aunado a lo anterior está acreditado, según prueba testimonial, que el demandante fue renuente a cobrar sus prestaciones, y que trataron de ubicarlo y éste fue esquivo; que de los descuentos por préstamos no se tuvieron en cuenta la totalidad, pues no existe prueba de que el actor pagó su totalidad, tal y como es el préstamo por \$100.000 y el de \$250.000 que se observa en una conversación de whatsapp, no bastando para el efecto, el interrogatorio de parte; y que el accionante no compareció a la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S.,

y no fueron valorados los hechos que pudieron ser objeto de confesión.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por ninguno de los apoderados de las partes.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

#### **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar i) si es dable establecer que la conducta del empleador en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales se ajusta a los postulados de la buena fe, y en consecuencia debe absolverse de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.; ii) determinar si no se tuvieron en cuenta por parte del juzgador de primera instancia la totalidad de descuentos que debieron realizarse como consecuencia de los préstamos que solicitó el trabajador; y iii) si hay lugar a aplicar las consecuencias del artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. por la inasistencia del actor a la audiencia de que trata la norma en mención.

**INDEMNIZACIÓN MORATORIA, DESCUENTOS POR PRÉSTAMOS EFECTUADOS POR EL EMPLEADOR.**

La **indemnización moratoria** es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales y se encuentra consagrada en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T., y consiste en el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Valga recordar, que para establecer la procedencia de la indemnización descrita, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido, de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no, de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertadas, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ sentencia SL12854 de 24 ago. 2016 rad. 45175, SL16884-2016 y la SL3071-2018).

De esta manera, se precisa que, cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

Por otra parte, y en lo referente a los **descuentos efectuados por el empleador por préstamos solicitados por el trabajador**, la normativa sustantiva laboral establece que las deducciones del salario por parte del empleador únicamente se pueden efectuar cuando existe una orden o autorización suscrita por el trabajador, siempre que no afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por ley. Sobre el tópico el artículo 149 del C.S.T. establece:

**“Artículo 149. Descuentos prohibidos**

1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.

2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley.

3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento”.

En cuanto al criterio jurídico que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha dado al alcance de tal norma, puede memorarse la sentencia del 13 febrero de 2013, Rad. 39980, en la que expuso que las deducciones realizadas luego de terminada la relación laboral no requieren autorización escrita de descuento, pues la prohibición de descuentos sin autorización tiene carácter protector plenamente justificado durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir, cuando está en pleno vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador; pero para el momento de terminación del contrato la subordinación desaparece, como también fenece el carácter de garantía que los salarios y prestaciones sociales ofrecían para los créditos dados por el empleado. Recientemente en sentencias SL868-2020 y SL735-2021, dijo:

“A fin de precisar el criterio jurídico que ha adocinado esta Sala sobre el correcto alcance de los artículos 59 y 149 del Código Sustantivo del Trabajo, esta Corporación memora que ya se han emitido diferentes pronunciamientos dejando claro que, aunque la legislación laboral propende por la protección de los derechos de los subordinados a fin de que no se presenten descuentos arbitrarios por parte de sus empleadores, ello no quiere decir que se esté exonerando a los trabajadores de

cumplir sus obligaciones y deberes contraídos legítimamente con su contratante, porque sería tanto como obstaculizar la ayuda que los empresarios pueden prestarle a sus trabajadores a través de préstamos, lo que va en contravía de la pretensión del legislador.

Además, ésta Corte igualmente señaló que los descuentos no autorizados por el asalariado no son legales mientras se encuentre vigente la relación laboral, pero una vez ésta termine, no tiene la misma connotación, porque también desaparece la garantía para el crédito otorgado por el empleador, que lo es el salario y las prestaciones sociales. En consecuencia, los contratantes vuelven «al plano de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual».

### **CONSECUENCIAS DE LA INASISTENCIA A LA AUDIENCIA DEL ARTÍCULO 77 DEL C.P.T. Y DE LA S.S.**

Con el recurso de alzada, la pasiva aspira a que se declaren las consecuencias previstas en el numeral segundo del inciso 7° del artículo 39 de la Ley 712 de 2001 esto es tener por confeso al demandante por su inasistencia a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S.

Sobre el tópico, en sentencia del 23 de agosto de 2006, Rad. 27060, reiterada en las sentencias del 30 de enero de 2013, Rad. 41419 y en la SL14850-2014, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia señaló:

“En efecto, la sanción prevista por el numeral segundo del inciso 7° del artículo 39 de la Ley 712 de 2001, consistente en presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda cuando el demandado no comparece a la audiencia de conciliación, se halla concebida en términos similares a las consagradas en los artículos 56 del Código Procesal del Trabajo y 210 del Código de Procedimiento Civil, de tal modo que le resultan aplicables los mismos requerimientos que a estas para que pueda conducir a una confesión presunta. En relación con esas consecuencias ha precisado esta Sala de la Corte que es necesario que el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos, como la efectuada en este caso, en que el que el juez de la causa se limitó a consignar en la audiencia celebrada el 8 de marzo de 2004 (folio 67) que “... Se presumirán como ciertos todos aquellos hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito propuestas en la misma, pues de no admitir esa prueba, se tendrán entonces como un indicio grave en su contra”, pero sin

precisar, como era su deber, cuáles de esos hechos se tendrían como ciertos, ni, por la misma razón, cuáles constituirían indicio grave, prueba que, como es sabido, no es hábil en la casación del trabajo'

Puestas en este escenario las cosas, **si en la providencia que puso fin a la primera instancia el juzgador nada dijo sobre la confesión ficta o presunta, teniendo presente todas circunstancias anotadas, no podía la sala sentenciadora, declarar en el fallo de segunda instancia confeso al demandado**". Negrillas por la Sala.

## **DEL CASO EN CONCRETO.**

### **De lo probado en el proceso:**

No son hechos materia objeto de controversia: **i)** el contrato de trabajo que ligó a las partes, **ii)** sus extremos temporales, **iii)** que la terminación del contrato de trabajo se dio por renuncia del demandante al cargo; y **iv)** que al demandante se le efectuó liquidación de prestaciones sociales, la que ascendió a la suma negativa de -\$388.069, (fl.20).

Pues bien. Expuesto lo anterior, lo primero que debe aclararse es que conforme a lo expuesto en la jurisprudencia traída a colación en acápite anteriores de esta providencia, las consecuencias de la inasistencia del demandante a la audiencia del artículo 77 de C.P.T. y de la S.S. las debe imponer el juez de primera instancia en la oportunidad procesal oportuna, de manera puntual y efectuando el procedimiento de rigor, sin que sea posible al tribunal revisar esa decisión, pues, se trata de una etapa ya agotada, por lo que debe despacharse desfavorablemente el punto de alzada que envuelve tal cuestión.

Por otra parte, y en lo que respecta a los **descuentos** efectuados al trabajador por concepto de préstamos y que considera el empleador se debieron incluir en la sentencia, observa la Sala que el 16 de diciembre de 2017, al accionante se le otorgó un préstamo por la suma de \$100.000 (fl.52); que el 29 diciembre de 2017, se le otorgó otro préstamo por la suma de

\$600.000 (fl.50), y que el 18 de abril de 2018, mediante conversación de whatsapp se manifestó que al demandante se le prestaría por el empleador la suma de \$250.000 (fls. 48 y 49).

Frente a lo anterior se observa que el empleador descontó la suma de \$950.000 de la liquidación final de prestaciones sociales, que encuentra como fundamento los recibos 1815 y 1134, (fls 50 y 52) en donde se evidencia que al actor se le otorgaron préstamos por la suma de \$600.000 y \$100.000, esto es, \$700.000; documentos que fueron firmados por el trabajador, sin ser objeto de tacha alguna dentro del proceso, por lo que es nítido que contrajo tales obligaciones.

En cuanto a la documental arrimada a folios 48 y 49, consistente en conversación por mensaje de datos a través de la plataforma whatsapp, si bien la misma da cuenta que el empleador se comprometió a prestarle al trabajador la suma de \$250.000, lo cierto es que el proceso adolece de evidencia alguna que soporte que el actor efectivamente recibió tal pago, por lo que no resulta posible ordenar su compensación con las sumas objeto de condena.

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo expuesto en la sentencia del 13 febrero de 2013, Rad. 39980, esto es, que las deducciones realizadas luego de terminada la relación laboral no requieren autorización escrita de descuento, considera la Sala que el empleador estaba legitimado para descontar del pago de prestaciones sociales la suma de \$700.000, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia venida en apelación, en el sentido de autorizar a la demandada para que de los valores que son objeto de condena descuenta la suma de **\$700.000.00**, por concepto de préstamos o deudas que el trabajador tenía pendiente de cancelar a favor del empleador.

En cuanto a la exoneración del pago de la **indemnización moratoria**, deprecada por la pasiva en la alzada, encuentra la

Sala que la empresa efectuó la liquidación de prestaciones sociales y sobre esta descontó los correspondientes valores que consideró le eran adeudados por concepto de préstamos, arrojando como resultado la suma negativa de -\$388.069, de modo que, a juicio de la Sala, al no existir valor alguno por reconocer, es razonable que no efectuara pago de ninguna índole a su trabajador, máxime si se tiene en cuenta que las condenas impuestas por el A Quo, por concepto de prestaciones sociales y vacaciones asciende a \$831.211; el empleador obró con la convicción de que se le adeudaba la suma de \$950.000, pese a que en el plenario únicamente se tuvo por acreditado el desembolso de la suma de \$700.000; y que según el testimonio de Luis Ariel Camacho Cárdenas se hizo un pago por consignación el 31 de julio de 2018 ante despacho judicial, informándose que no se le adeudaba ningún valor al actor, testigo quien además adujo que el actor era renuente a comparecer a la empresa, lo que corroboraron los testigos Yenny Carolina González y Guillermo Cifuentes Martín.

Así las cosas, considera la Sala, que las razones que tuvo el empleador para abstenerse de pagar de forma completa las prestaciones sociales son atendibles, ya que de su conducta no se logra inferir que tuviera el ánimo de no efectuar su pago o de sustraerse de cumplir con sus obligaciones, pues existía una deuda de parte del trabajador, quien hasta la fecha de su despido no había efectuado ningún tipo de pago, o por lo menos tal situación no la acreditó.

Por tanto, se **MODIFICARÁ el literal e)** de la sentencia en cuanto se ordena el pago de indemnización moratoria, para en su lugar, establecer que las condenas objeto de condena se deberá reconocer y pagar **debidamente indexadas**, pues se han visto afectadas por la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el fenómeno de la depreciación monetaria.

## VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

## VIII. DECISIÓN

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

### R E S U E L V E

**PRIMERO.** - **MODIFICAR** el literal e) del numeral segundo de la sentencia en cuanto se condenó a GRUPO EDITORIAL ORON S.A.S. al reconocimiento y pago de indemnización moratoria, para en su lugar, establecer que las condenas impuestas en el numeral segundo de la sentencia se debe **reconocer debidamente indexadas**, conforme se explicó en la parte motiva de esta decisión

**SEGUNDO** - **MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que se AUTORIZA al GRUPO EDITORIAL ORON S.A.S. a descontar la suma de \$700.000 por concepto de préstamos o deudas que tenía pendiente ELVIS ANDRÉS CARRILLO GÓMEZ de pagar, a favor de su empleador, GRUPO EDITORIAL ORON S.A.S.

**TERCERO.** - **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

**CUARTO.** - Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2019-00343 -01

Demandante: **ELVIS ANDRÉS CARRILLO GÓMEZ.**

Demandado: **GRUPO EDITORIAL ORON S.A.S.**

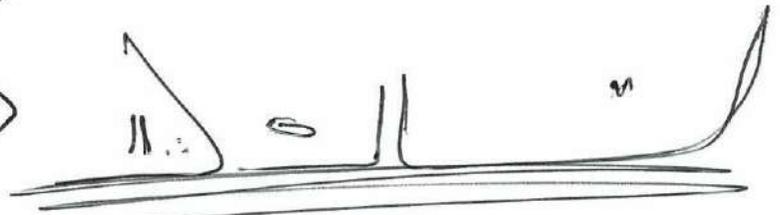
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00210 -01  
Demandante: **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ.**  
Demandado: **COLPENSIONES.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por las apoderadas de las partes, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá el 21 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ** promoviese contra **COLPENSIONES.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, a partir del 09 de diciembre de 1998, intereses moratorios, e indexación.

Demandante: **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Héctor Julio Suárez Pinilla se encontraba afiliado al I.S.S., y había cotizado más de 300 semanas al 01 de abril de 1994; **2)** Convivió con el señor Suárez desde el 09 de abril de 1967, fecha de su matrimonio, hasta su deceso, 09 de diciembre de 1998; y **3)** Solicitó pensión de sobrevivientes, empero, le fue reconocida indemnización sustitutiva a través de la Resolución 001655 de 2000.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**COLPENSIONES** (fls. 28 a 31), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y la innominada.

Expuso que el I.S.S. reconoció indemnización sustitutiva a la señora María Lilia de Suárez mediante la Resolución 001655 de 2000, ya que, el causante no alcanzaba 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior al momento de su fallecimiento; y que de aplicarse el principio de la condición más beneficiosa, el exánime no alcanza 50 semanas dentro de los tres anteriores al fallecimiento.

## **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de mayo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

**PRIMERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la actora, en su calidad de cónyuge supérstite, una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Héctor Julio Suárez

Demandante: **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Pinilla, a partir del 09 de diciembre de 1998, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal vigente, con 14 mesadas al año, las cuales deberán ser indexadas con base en el I.P.C. certificado del DANE.

**SEGUNDO: DECLARAR no probada** la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y parcialmente probada la excepción de prescripción, frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de marzo de 2016.

**TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer a la actora el retroactivo causado desde el 19 de marzo de 2016 hasta el 30 de abril del mismo año en curso, por valor de \$56'642.183 con su respectiva indexación, para ese mismo periodo, sin perjuicio de las que se causen hasta el cumplimiento efectivo de la obligación, efectiva deducción, sin a ello hubiere lugar, de lo cancelado como se indicó en las consideraciones.

De las anteriores sumas, la entidad de seguridad social podrá deducir lo que pagó a la reclamante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

**CUARTO:** En atención a los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del inciso 3° del Decreto 692 de 1994, la demandada deberá realizar las deducciones para cotización en salud respecto del retroactivo pensional, con festino a la E.P.S. a la que esté afiliada la actora.

**QUINTO:** Costas en esta instancia como se indicó en la parte motiva.

Al abordar el problema jurídico el Quo refirió, en síntesis, que la norma aplicable es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su versión original al fallecer el causante el 09 de diciembre de 1998; que está probado que la actora y el causante contrajeron matrimonio el 09 de abril de 1967, que el causante cotizó 720 semanas, de las cuales, 663 fueron cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que el actor no se encontraba cotizando a pensiones, y que no es objeto de controversia la convivencia, pues el I.S.S. reconoció indemnización sustitutiva a favor de la accionante.

Encontró acreditado que el actor no se encontraba cotizando a pensiones, por lo que debía acreditar 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior, requisito que no se acreditó; por lo que procedió a efectuar el análisis teniendo como base el principio de la condición más beneficiosa, conforme el cual resultaba posible acudir el Acuerdo 049 de 1990, normatividad que exigía 300 semanas en la vida laboral o 150 dentro de los seis años anteriores al fallecimiento; y que el accionante acredita más de 600 semanas al 01 de abril de 1994, y 720 semanas en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2019-00210 -01  
Demandante: **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ.**  
Demandado: **COLPENSIONES.**

toda su vida laboral, por lo que, la resulta beneficiaria de una pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge.

Fijó el monto de la mesada pensional en un salario mínimo, ya que, e indicó que, al causarse la pensión antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, a la actora le corresponden 14 mesadas al año. Frente a la excepción de prescripción advirtió que, operó dicho fenómeno respecto de las mesadas causadas tres años anteriores a la presentación de la demanda, 19 de marzo de 2019; fijó el retractorio pensioanl causado al 30 de abril de 2021 en la suma de \$56'642.183 ordenando los respectivos descuentos por concepto por aportes a salud; negó los intereses moratorios y en su lugar accedió a la indexación.

#### **IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.**

##### **PARTE ACTORA.**

Solicita el reconocimiento de intereses moratorios, con fundamento en que no es dable analizar el actuar de la administradora de pensiones sino por el contrario que opera de forma automática; que pese a que la pensión se reconoció con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, la Corte Suprema de Justicia ha señalado la posibilidad del pago de intereses moratorios, al hacer la prestación del sistema integral de pensiones; y que en casos similares el Tribunal Superior de Bogotá ha condenado por concepto de intereses moratorios.

##### **PARTE DEMANDADA.**

Expuso que el causante no cotizó las 50 semanas que requiere la Ley 797 de 2003 para que haya lugar a la pensión de sobrevivientes; que únicamente es dable aplicar la condición más beneficiosa y el Acuerdo 049 de 1990, según criterio de la Corte Constitucional, si se pertenece a un grupo especial poblacional,

afecta las necesidades básicas, se depende económicamente del causante, imposibilidad de cotización al sistema general de pensiones, y hubo una actuación diligente del beneficiario al momento de solicitar la pensión; y que el causante no cumplió los requisitos de la Ley 100 de 1993.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las apoderadas de éstas para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Ingresadas las diligencias al despacho, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si hay lugar a reconocer la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante en virtud del principio

Demandante: **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

de la condición más beneficiosa; y si hay lugar a intereses moratorios.

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA LEY 100 DE 1993 REDACCIÓN ORIGINAL.**

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Héctor Julio Suárez Pinilla **-09 de diciembre de 1998-** (fl. 11) la norma que gobierna el asunto bajo estudio es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, que indica:

**“ARTÍCULO 46.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

**a.** Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

**b.** Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

**PARÁGRAFO.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

Por otra parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha considerado que en caso que no sea dable reconocer la pensión de sobrevivientes con el régimen vigente al

momento del fallecimiento del pensionado o afiliado, es dable aplicar el **principio de la condición más beneficiosa**, lo que únicamente es dable frente al régimen anterior, que para el caso sería el artículo 25° del Acuerdo 049 de 1990, en consonancia con el artículo 6° de la misma normatividad, normas que disponen:

**“ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN.** Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

- a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,
- b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento”.

**“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ.** Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”.

Sobre el alcance de la anterior normatividad, en sentencias como la del 04 de diciembre de 2006, y 09 de julio de 2008, Rads. 28893, y 30581, respectivamente, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que se debe acreditar una de las dos hipótesis que contiene tal normatividad en el literal b), así: Para quien fallecen con anterioridad al 31 de marzo de 2000 las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo se deben haber satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993; y en lo relativo a las 150 semanas aportadas dentro de los seis años anteriores al fallecimiento, se debe contabilizar desde el 01 de abril de 1994 hacia atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 01 de abril de 1988, en adición a que se debe alcanzar

esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden el fallecimiento.

La anterior doctrina ha sido reiterada en decisiones como las del 12 de abril de 2011, Rad. 41300; 13 de marzo de 2012, Rad. 45418; 17 de abril de 2012, Rad. 43716; 28 de agosto de 2012, Rad. 41816; 30 de enero de 2013, Rad. 39012, Rad. 46633; 24 de junio y 05 de agosto de 2015, Rads. 48629 y 53438, respectivamente; 31 de agosto de 2016, Rad. 48725; 30 de agosto de 2017, Rad. 56429; y SL634-2020, SL4807-2020, y SL5147-2020, entre otras. En la última sentencia se estipuló:

“Sobre el particular en sentencia CSJ SL11548-2015, rad. 53438, esta Corporación explicó:

*En torno a la aplicación de dichos preceptos [artículos 6.º y 25 del Acuerdo 049 de 1990] y, cuando el asegurado fallece en vigencia de la Ley 100 de 1993, y no cumplía la densidad de cotizaciones exigida por el artículo 46 en su original redacción, de dicha ley, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, ha dicho la Corte lo siguiente:*

*En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.*

*Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez -y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha pero contabilizando ese tiempo desde el 1º de abril de 1994 hacia atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento. (...)*

*Dos precisiones cabe hacer, entonces, sobre el criterio jurisprudencial vigente en torno a las ciento cincuenta (150) semanas, así: La primera, para quienes fallecen antes del 31 de marzo de 2000 pero después del 1º de abril de 1994, deben haber cumplido con esa densidad dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, permitiéndose la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993; la segunda, para quienes fallecen después del 31 de marzo de 2000, deben haber satisfecho esa densidad dentro de los seis años anteriores al 1º de abril de 1994, e igualmente esa misma densidad entre el 1º de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000”.*

### **DEL CASO CONCRETO.**

No son hechos objeto de controversia los relativos a: **i)** el matrimonio celebrado por el rito católico el día 09 de abril de 1967, entre los señores Héctor Julio Suárez Pinilla y María Lilia Ruiz de Suárez (fl.12); **ii)** el fallecimiento del señor Suárez el 09 de diciembre de 1998 (fl. 11); **iii)** el reconocimiento por parte del I.S.S. de una indemnización sustitutiva a la demandante mediante Resolución 001655 del 17 de abril de 2000, por acreditarse los requisitos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, esto es, la convivencia exigida en dicha normatividad (fl.13); **iv)** que el causante no se encontraba cotizando al momento de su fallecimiento (fls. 16 a 19); y **v)** El causante acumuló 720,29 semanas, de las cuales 655,86 fueron cotizadas antes del 01 de abril de 1994 (fls. 16 a 19).

Pues bien. Sentadas las anteriores premisas, lo primero que debe advertirse es que al fallecer el señor Héctor Julio Suárez Pinilla en vigencia de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, la norma que resulta aplicable para el cómputo de semanas es el artículo 46 de dicha normatividad, la que exige para afiliado que ha dejado de cotizar al sistema, **por lo menos 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.**

Teniendo claro el supuesto fáctico a probarse, la Sala analiza las historias laborales de folios 16 a 19, encontrando que el causante no efectuó cotizaciones dentro del año inmediatamente anterior a su fallecimiento- 09 de diciembre de 1998-, ya que, dejó de aportar al sistema de pensiones el 25 de junio de 1994, por lo que, se procede a verificar si es dable reconocer la pensión en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

De esta manera, y siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia traída a colación por la Sala, al fallecer el

Demandante: **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

causante el 09 de diciembre de 1998, debió acreditar uno de los siguientes requisitos: **1)** 300 semanas cotizadas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993; ó **2)** 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así como esa misma densidad dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento (se permite la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993).

Descendiendo al caso, se encuentra que si bien el causante no tenía 150 semanas dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre el 09 de diciembre de 1992 y el 09 de diciembre de 1998, por cuanto únicamente acumuló 80,57 semanas, lo cierto es, que al 01 de abril de 1994 alcanza **655,86** semanas, es decir que logró acreditar el requisito de 300 semanas cotizadas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, para desatar el punto propuesto en la apelación por COLPENSIONES, según el cual debe aplicarse la sentencia SU-005 de 2018 de la H. Corte Constitucional, según la cual que para aplicar el principio de la condición más beneficiosa se deben seguir unos requisitos, debe decir la Sala, que los presupuestos que se narran en tal decisión, son para determinar la procedencia del estudio a través de la vía de tutela, recuérdese que este es un medio subsidiario. Al respecto, dijo la H. Corte Constitucional:

“La Corte Constitucional unificó su jurisprudencia en cuanto a la valoración del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela en materia de pensión de sobrevivientes. La Sala Plena constató una diversidad en los criterios utilizados por las Salas de Revisión, en cuanto a la **forma de valorar la eficacia del medio ordinario, para la resolución de conflictos relacionados con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.** Ante esta diversidad, la Sala Plena unificó su jurisprudencia en el siguiente sentido: **la acción de tutela se debe considerar subsidiaria** si se establece que el tutelante cumple con las siguientes condiciones, cada una necesaria y en conjunto suficientes, del siguiente Test de Procedencia: (i) Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios

Demandante: **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento. (ii) Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas. (iii) Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario. (iv) Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes. Finalmente, (v) debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes”.

De igual manera, habrá de indicarse que los presupuestos de los que parte la H. Corte Constitucional para estudiar el principio de la condición más beneficiosa son diferentes a los el caso, ya que, establecen la posibilidad de acudir a regímenes anteriores al inmediatamente anterior, como lo es la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 cuando el fallecimiento ocurre en vigencia de la Ley 797 de 2003, siendo el régimen anterior para este caso, la Ley 100 de 1993 en su redacción original; no obstante, y como quedó visto el fallecimiento del causante ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993 y se aplicó el Acuerdo 049 de 1990 por ser la ley inmediatamente anterior. Al respecto, la H. Corte Constitucional señaló:

“(iii) Asimismo, en la Sentencia SU-442 de 2016 la Sala Plena aplicó de forma ultractiva el régimen del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto al requisito del número mínimo de semanas de cotización para la pensión de invalidez. Sin embargo, debido a que la pensión de sobrevivientes tiene una finalidad distinta de aquella de la pensión de invalidez -a saber, amparar al beneficiario del riesgo de desaparición del ingreso del cotizante, y garantizar la sustitución de este emolumento por el provisto por la pensión-, la Sala Plena no cambió su jurisprudencia acerca de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 o anteriores, en cuanto tiene que ver con la pensión de invalidez, sino que la distinguió de aquella que debe aplicarse en cuanto a la pensión de sobrevivientes.

299. (iv) La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el principio de la condición más beneficiosa de una forma que lejos de resultar constitucionalmente irrazonable es

Demandante: **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005. Para dicha Corte, este principio no da lugar a la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 u otros regímenes anteriores. Por tanto, el hecho de que el cotizante hubiese realizado aportes pensionales, por lo menos por el número mínimo de semanas previsto en dicha normativa para acceder a la pensión de sobrevivientes, sumado a **la muerte del cotizante tras la expedición de la Ley 797 de 2003**, no genera el derecho a recibir la pensión de sobrevivientes para el beneficiario. Esta regla, en todo caso, sí ha considerado la aplicación ultractiva de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, para efectos del cómputo de las semanas mínimas de cotización, únicamente en aquellos supuestos en los que la muerte del afiliado hubiese acaecido dentro de los 3 años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003<sup>1751</sup>.

300. (v) No obstante, para la Corte Constitucional, la regla dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sí resulta desproporcionada y contraria a los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas, cuando quien pretende acceder a la pensión de sobrevivientes es una persona vulnerable. En estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 -hacer viable el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en condiciones de universalidad y de igualdad para todos los cotizantes- tienen un menor peso en comparación con la muy severa afectación de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas de las personas vulnerables. Por tanto, solo respecto de estas personas resulta proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de **aplicar, de manera ultractiva, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 -o regímenes anteriores-** en cuanto al primer requisito, semanas de cotización, para efectos de valorar el otorgamiento de dicha prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de **la muerte del afiliado hubiese acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003**. Si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado, bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa que, por las circunstancias particulares del tutelante, amerita protección constitucional.

Por las razones anteriormente descritas, y en la medida que se acreditan las semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 de conformidad con lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, la Sala comparte la decisión del A Quo que reconoció la pensión con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 siguiendo los lineamientos del principio de la condición más beneficiosa, por lo que, se procederá a verificar el valor de la mesada, si hay lugar a mesada adicionales, y a cuánto asciende al retroactivo a la fecha establecida por la A Quo.

**FECHA DE RECONOCIMIENTO, PRESCRIPCIÓN, MESADAS ADICIONALES, Y VALOR DEL RETROACTIVO.**

En consideración a que el fallecimiento del causante fue el 09 de diciembre de 1998, se considera que es a partir de dicha data que se debe reconocer la prestación, tal y como lo dispuso el A Quo, por lo que, se confirmará dicha condena.

En lo que respecta a la prescripción, toda vez que, se solicitó pensión de sobrevivientes el 28 de junio de 1999, se resolvió tal petición mediante Resolución 001655 de 17 de abril de 2000, y que no se demandó dentro de los tres años posteriores a tal fecha, considera la Sala que operó la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 19 de marzo de 2016, pues se demandó hasta el mismo día y mes de 2019; recuérdese que el artículo 489 del C.S.T. establece que *“el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez (...)”*.

En cuanto al valor de la mesada, encontramos que se reconoció sobre un **salario mínimo**, valor que no puede modificarse, ya que no es dable aumentarlo en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, ni disminuirlo en consideración a los dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, esto es, que *“El monto mensual de la pensión mínima de vejez o jubilación no podrá ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente”*; por lo que, se confirmará.

En los que respecta al **retroactivo**, encontramos que el A Quo calculó su valor hasta el 30 de abril de 2021, por lo que, efectuadas las operaciones de rigor, se tiene que el valor reconocido es igual al resultante en esta instancia, **\$56'642.183**, de modo que se confirmará:

Demandante: **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ.**Demandado: **COLPENSIONES.**

RETROACTIVO			
AÑO	VALOR MESADA	MESADAS	TOTAL
2016	\$ 689.455,00	11,40	\$ 7.859.787,00
2017	\$ 737.717,00	14	\$ 10.328.038,00
2018	\$ 781.242,00	14	\$ 10.937.388,00
2019	\$ 828.116,00	14	\$ 11.593.624,00
2020	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242,00
2021	\$ 908.526,00	4	\$ 3.634.104,00
<b>TOTAL</b>			<b>\$ 56.642.183,00</b>

Al punto, se aclara que se considera acertada la condena impuesta por la A Quo de reconocer **catorce mesadas**, como quiera que la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no se vio afectada por tal normatividad, recuérdese que el inciso 8° del acto legislativo en mención dispuso que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su vigencia no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año.

#### **INTERESES MORATORIOS.**

Los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la prestación, tal como lo señala el artículo 1 de la Ley 717 de 2001.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los

postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En tratándose de pensiones reconocidas bajo el amparo del principio de la condición más beneficiosa, la corporación aludida ha dicho que no son procedentes, dado que la pensión se otorga con fundamento en un cambio de jurisprudencia (ver para el efecto las sentencias SL12018-2016, SL4650-2017, SL1947-2020 y SL4165-2021);

Así las cosas, si bien los intereses moratorios tienen naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, nuestro ÓRGANO DE Cierre ha establecido una línea pacífica en el sentido de establecer, que cuando se está frente a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, el proceder de Colpensiones no se torna arbitrario o caprichoso, por el contrario, se aplicó la normatividad con el respeto de la normativa que resultaba plausible y que se estimaba regía el derecho en controversia.

Pese a lo anterior, no resulta posible reconocer intereses moratorios, sin embargo, se considera acertado ordenar el reconocimiento de la prestación debidamente **indexada**, como quiera que las mesadas pensionales se podrían ver sometidas a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **VII. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **MARÍA LILIA RUÍZ DE SUÁREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

### VIII. DECISIÓN

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

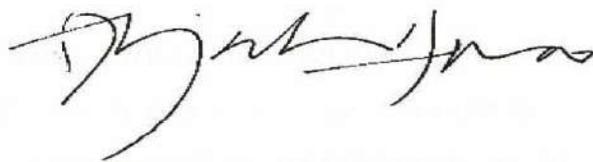
#### R E S U E L V E:

**PRIMERO.** - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

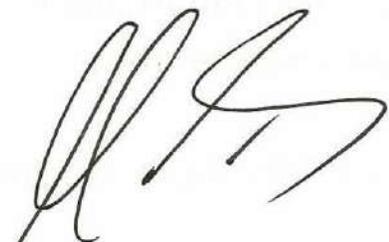
**SEGUNDO.** - Sin costas en esta instancia.

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

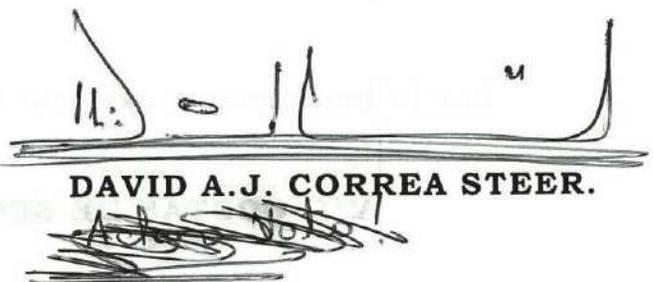
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER.**

Código Único de Identificación: 11001310502020190072701

Demandante: **URIEL GALLEGO OCAMPO**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., veintiocho (28) febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de Consulta a favor de la misma, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **URIEL GALLEGO OCAMPO** promoviese contra la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

**1. Hechos y pretensiones**

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

La *a quo* dictó **sentencia condenatoria**, en la cual declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio – mesada 14, a partir del 1° de julio de 2009 y por ello, condenó a la UGPP a pagarla desde dicha data, junto con la correspondiente indexación al momento del pago. Así mismo, condenó en costas a la encartada.

En síntesis, indicó que la única inconformidad trasladada al juicio versaba sobre la falta de reconocimiento de la mesada 14, frente a lo cual, expuso que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 estableció a favor de las personas que se encontraban pensionadas a la entrada en vigencia de dicha norma, una mesada adicional pagadera en el mes de junio, mesada que, conforme lo expuesto en la sentencia C-409 de 2009 se extendió a todos los pensionados sin excepción alguna. Sin embargo, dicha prestación desapareció del ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 29 de julio de 2005, excepto para quienes recibieran una mesada igual o inferior a 3 veces el salario mínimo legal, siempre y cuando el derecho se hubiere causado antes del 31 de julio de 2011.

Para el caso concreto, señaló que no existe duda respecto de la calidad de pensionado que ostenta el demandante y que, según el contenido de la Resolución 3144 del 4 de noviembre de 2009, este adquirió el estatus de pensionado el 1° de julio de 2009, data para la cual concurrían la edad y las semanas de cotización previstas como requisito para el disfrute de esa prestación, ya que la desvinculación de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero se produjo el 27 de junio de 1999 cuando cumplió 24 años de servicio y el monto definitivo de la pensión, luego de haberse indexado la primera mesada pensional, ascendió a la suma de \$1.950.905.

Código Único de Identificación: 11001310502020190072701

Demandante: **URIEL GALLEGO OCAMPO**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

ocurre en este caso pues la mesada pensional del accionante supera este tope.

Precisó que las actuaciones de la U.G.P.P., están encaminadas a respetar el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones en la medida en que los recursos públicos son limitados y es necesario garantizar los derechos pensionales de todos los colombianos, por lo que el pagar la mesada 14 en este caso, sería un desfase de los recursos públicos, sin tener la UGPP financiadas estas mesadas puesto que no se ha aportado ni cotizado sobre ellas.

Solicitó se revoque la condena en costas impuesta teniendo en cuenta que esa entidad ha actuado de buena fe y siguiendo los principios de orden constitucional a fin de garantizar el principio de sostenibilidad fiscal.

#### **Actuación procesal en segunda instancia.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto del 15 de octubre de 2021, el que fue utilizado por los apoderados de las partes para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

*más de trece (13) mesadas pensionales al año”, entendiéndose que la pensión se causa “cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.*

## **VI. DEL CASO CONCRETO.**

### **De lo probado en el proceso.**

En el asunto bajo estudio no son objeto de discusión los siguientes hechos:

**i)** Que el señor Uriel Gallego Ocampo nació el 1° de julio de 1954 (fl. 20); **ii)** que mediante Resolución 3144 del 4 de noviembre de 2009, **le fue reconocida la pensión de jubilación convencional**, por haber laborado al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por 24 años y 357 días, a partir del 1° de julio de 2009, en cuantía inicial de \$1.061.546 (fls. 21 a 24, 145 a 148 y 167 a 170); **iii)** que dicha pensión fue indexada mediante Resolución 1510 del 8 de mayo de 2013, teniendo como primera mesada la suma de \$1.950.905,04 (fl. 27 a 31 y 171 a 174); **iv)** que el 17 de septiembre de 2019, el hoy demandante solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de la mesada 14 (fl. 14 a 17 y 158 a 161), petición resuelta negativamente mediante oficio 2019142012238221 del 26 de septiembre de 2019 (fl. 32 a 34 y 176 a 178).

Sentadas las anteriores premisas, la Sala procede a verificar cuál es la fecha de causación de la pensión del actor, por lo que se hace necesario verificar la cláusula 41 de la convención colectiva suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores-SINTRACREDITARIO (fls. 36 a 98) por ser el fundamento del reconocimiento pensional del actor. Al respecto, la citada norma indica:

De la redacción de la norma, el entendimiento que se logra deducir, concretamente del párrafo 1º, es que los trabajadores que se retiren del servicio antes del cumplimiento de la edad, esto es, 55 años, tienen derecho a la pensión de jubilación, siempre y cuando hayan cumplido 20 años de servicios.

Al respecto, es claro que el accionante prestó por más de 20 años sus servicios, puesto que, como se dijo, laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del 01 de julio de 1974 al 27 de junio de 1999, lo que equivale a 24 años y 357 días, hecho que no fue objeto de controversia alguna.

Ahora bien, en lo que respecta al **requisito del cumplimiento de la edad**, ha sido la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia quién ha establecido que resulta razonable el entendimiento que hizo el sentenciador de primer grado, es decir, que la edad de 55 años es un requisito de disfrute y no de causación. Al punto, en sentencias, SL2297-2021, se dijo:

“Sobre el alcance de dicha disposición convencional, debe señalarse que ya la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, como por ejemplo en la sentencia CSJ SL5030-2019, en donde se sostuvo, que la intelección de este artículo 41, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística consiste en que: *i)* se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es decir, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; *ii)* que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y *iii)* que el disfrute o goce de la prestación se configura, cuando el ex trabajador arriba a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

En similar sentido, esta Corporación en la sentencia CSJ SL526-2018, puntualizó:

[...] en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

### **FECHA DE RECONOCIMIENTO**

Como se ha explicado la edad es un requisito para el disfrute de la prestación de vejez, por lo que a partir del momento en que el demandante cumplió la edad de 55 años, era viable el disfrute de la misma junto con sus mesadas adicionales. Por tanto, y dado que el accionante alcanzó la edad de 55 años el 1° de julio de 2009, pues nació el mismo día y mes de 1954, hay lugar al reconocimiento de la mesada 14 a partir de la primera fecha en mención, tal y como lo dispuso el juez de primera instancia.

### **PRESCRIPCIÓN.**

El artículo 151 del C.P.T y de la S.S dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Sin embargo, como quiera que la demandada no contestó la demanda y por ende no esgrimió como medio exceptivo el de la prescripción, no le es dable al juzgador declararla de oficio, pues quien pretenda beneficiarse de esta debe alegarla tal y como lo dispone el artículo 2513 del Código Civil.

### **INDEXACIÓN.**

La Sala considera acertada su condena, dado que al momento en que se haga efectivo el pago de las correspondientes mesadas pensionales, su valor se podría verse sometido a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Código Único de Identificación: 11001310502020190072701

Demandante: **URIEL GALLEGO OCAMPO**

Demandado: **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P**

### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

### **VIII. DECISIÓN**

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

### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.** - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

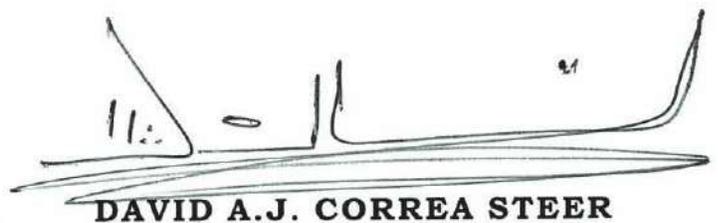
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**