REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 06-2021-00090-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUÍS HUMBERTO BLANCO MATEUS
DEMANDADO: FONCEP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de diciembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor LUÍS HUMBERTO BLANCO MATEUS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se le reliquide su pensión sanción ordenando indexar la primera mesada pensional entre el 31 de mayo de 1994 (fecha de su retiro) al 25 de diciembre de 2019 (fecha en que cumplió el requisito de la edad) de acuerdo con el IPC; que se condene a pagar las diferencias adeudadas de manera indexada, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 5 a 6 archivo "2021-090 EXPEDIENTE").

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que prestó sus servicios mediante contrato de trabajo a la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS entre el 17 de noviembre de 1980 al 31 de mayo de 1994; que laboró al servicio de la entidad por más de 10 años y menos de 15 años, exactamente 13 años, 6 meses y 15 días para un total de 4875 días; que el salario promedio devengado durante el último año de servicios fue de $484.458,83; que la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS fue liquidada mediante Decreto 495 del 31 de julio de 1996; que demandó ante le Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación proporcional o pensión sanción; que mediante sentencia proferida el 30 de septiembre de 1997 el Juzgado condenó a la demandada a pagarle una pensión sanción a partir de la fecha en que cumpla los 60 años de edad en cuantía de $246.014,24; que mediante sentencia del 15 de diciembre de 1997 esta Corporación confirmó la decisión de primera instancia; que al reclamar la pensión restringida de jubilación o pensión sanción no solicitó la indexación de la primera mesada pensional entre la fecha del retiro y la fecha del cumplimiento de los 60 años de edad; que mediante la Resolución SPE-GDP N° 033 del 30 de enero de 2020 suscrita por el Subdirector Técnico de Prestaciones Económicas del FONCEP se le reconoció una pensión sanción en cumplimiento de un fallo judicial pagándole una mesada pensional de $828.116 a partir del 25 de diciembre de 2019; que agotó la reclamación

administrativa sin obtener una respuesta favorable. (fls. 4 a 5 archivo "2021-090 EXPEDIENTE").

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **el FONCEP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el contenido en los numerales 4, 5, 11, 13 y 17 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido a la pretensión de pensión sanción, prescripción de la acción, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales y la genérica. (Fls. 60 a 71 archivo "2021-090 EXPEDIENTE").

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"****CONDENAR al FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, PENSIONES Y CESANTÍAS FONCEP a reconocer y pagar al demandante señor LUÍS HUMBERTO BLANCO MATEUS la pensión de jubilación en cuantía inicial de $2'196.251 a partir del día 25 de diciembre de 2019 fecha en la cual el accionante arribó a la edad de 60 años, lo anterior junto con las diferencias pensionales a partir de la fecha en mención, teniendo en cuenta que la entidad demandada mediante Resolución 33 del día 30 de enero del 2020 ordenó el reconocimiento y pago del derecho pensional en la suma de $828.116. La excepción de prescripción se declara no probada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. Costas a cargo de la parte demandada vencida en el proceso. Se fija la suma de $3'000.000 por concepto de agencias en derecho."*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se encuentra probado que mediante sentencia judicial por cumplir los requisitos de la ley 171 de 1961 se le reconoció al actor una pensión de jubilación en cuantía de $246.410,$_{24,}$ la cual debería reajustarse anualmente

a partir de la fecha en que el actor cumpliese los 60 años de edad. Decisión que fue confirmada por el superior. Que en ese proceso no se estudió la indexación de la primera mesada pensional, por lo que no existe cosa juzgada. Que se encuentra probado que causó el derecho el 31 de mayo de 1994 por haber sido despedido sin justa causa después de 10 años de servicios, siendo la edad tan solo un requisito de exigibilidad. Que en la jurisprudencia de la CSJ se explicó que la indexación de la primera mesada pensional procede para todo tipo de pensiones incluso las causadas con anterioridad a la constitución de 1991. Que es procedente la actualización del IBL de la pensión de jubilación del accionante. Que se toma el salario base de liquidación (sentencia anterior) $484.438,83, lo cual arroja una mesada inicial indexada en la suma de $2'196.451 a partir del 25 de diciembre de 2019 (fecha en la que cumplió los 60 años de edad). Que teniendo en cuenta que la entidad demandada mediante resolución 33 del 30 de enero del 2020 ordenó el reconocimiento del derecho pensional en la suma de $828.116, se deberán pagar las diferencias que se adeuden. Finalmente, declara no probada la excepción de prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandada** interpone recurso de apelación argumentando que el señor Luis Blanco Mateus ingresó a laborar a la EDIS desde el 17 de noviembre de 1980 y se retiró del servicio el 31 de mayo de 1994; razón por la cual laboró 4874 días. Que su reconocimiento pensional data del 25 de diciembre de 2019 fecha para la cual cumplió los 60 años de edad. Que su reconocimiento pensional de pensión sanción lo obtiene a la edad de 60 años y que la defensa no se encuentra conforme con la mesada pensional ordenada por el Despacho en cuantía de $2'196.451 a partir del 25 de diciembre de 2019 y al pago de las diferencias pensionales desde esa fecha y menos aún con la orden judicial de costas y agencias en derecho en $3'000.000. Que se debe tener en cuenta que lo que se debe indexar es el valor de la mesada ordenada por el fallo judicial no el salario devengado por el actor, de tal suerte que lo que se debe indexar no es la suma de $484.458,83 sino la suma de $246.014,24 ya que el despacho judicial en la

sentencia que ordenó la pensión sanción ordenó condenar a la demandada EDIS una vez en firme la presente providencia reconocer al actor una pensión de jubilación en cuantía mensual de $246.014,24 con los aumentos legales respectivo sin perjuicio del mínimo vital a partir de la fecha en que el actor cumpla la edad de 60 años, teniendo en cuenta esto la pensión de jubilación se tuvo en cuantía de $246.014,24 suma esta que al indexarse teniendo que el índice final es de 100 y el índice inicial de 14.93 arroja una mesada indexada en la suma $1'647.784,59 y no una mesada de $2'196.451 como lo dijo el *A quo*. Que para el año 2020 la mesada corresponde a la suma de $1'710.400 y para el año 2021 la suma de $ 1'737.738. Que el retroactivo con corte al 30 de noviembre de 2021 corresponde a la suma de $20'940.642 a lo cual se le debe descontar la suma correspondiente a los aportes en salud. Que el salario no es el que se indexa sino el valor de la mesada pensional.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar, que el problema jurídico se centra en determinar si se debe condenar al **FONCEP** a indexar la primera mesada pensional del señor **LUÍS HUMBERTO BLANCO MATEUS** y, como consecuencia, condenarlo a pagar las diferencias mensuales que de tal cálculo resulten.

Status Pensional

No se discute el status de pensionado del actor, lo cual se corrobora con la Resolución SPE-GDP N° 00033 del 30 de enero del 2020 en la cual se establece que al demandante **LUÍS HUMBERTO BLANCO MATEUS** le fue reconocida una pensión sanción en cumplimiento a un fallo judicial[1], en el cual se fijó como primera mesada pensional la suma de $246.014,24 mensuales a partir de la fecha en que el actor cumpla los 60 años de edad.

[1] Sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 1997 (fls. 24 a 29 archivo "2021-090 EXPEDIENTE"), la cual fue confirmada por esta Corporación el 15 de diciembre de 1997 (fls. 30 a 40 archivo "2021-090 EXPEDIENTE").

Indexación de la primera mesada pensional

En el presente caso, la parte activa solicitaba que se le reconozca y pague la reliquidación de la pensión sanción que le fue reconocida por la demandada; señalando que, en el proceso anterior en el cual se condenó a la accionada al reconocimiento y pago de la pensión sanción, no se discutió la indexación de la primera mesada pensional. En esta instancia, la parte demandada no se opone a que la primera mesada pensional sea indexada, pues su oposición se dirige al salario que tomó la falladora de primera instancia al momento de realizar la liquidación.

Conforme lo anterior, es claro que no se discute, tal y como lo ha enseñado de antaño la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que procede la indexación de la primera mesada pensional para aquellas pensiones que se causaron con posterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991 (sentencia radicado 29022 del 31 de julio de 2007) y que posteriormente, este beneficio se extendió a todo tipo de pensiones causadas antes o después de la Constitución Política (sentencia SL 736-2013).

Asimismo, la Corte en la sentencia SL 2389-2022 explicó la diferencia entre la indexación del ingreso base de liquidación y el reajuste anual pensional, señalando que la indexación de la primera mesada pensional busca la actualización de la base salarial de liquidación de la pensión, es decir, que el salario con que se liquida la pensión no sufra pérdida alguna en su poder adquisitivo en razón del tiempo transcurrido desde la fecha de terminación de la prestación de los servicios del trabajador y la fecha en que se reconoce la pensión, mientras que con el reajuste anual se busca que la pensión al ser una prestación de tracto sucesivo no vaya perdiendo el poder adquisitivo con el transcurso del tiempo.

Es necesario tener en cuenta que las sentencias proferidas dentro del proceso N°33.650 datan del del 30 de septiembre de 1997 (fls. 24 a 29 archivo “2021-090 EXPEDIENTE”) y del 15 de diciembre de 1997 (fls. 30 a 40 archivo “2021-090 EXPEDIENTE”) y, que conforme lo dispuso la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ del 20 de abr. de 2007, rad.29470, y

las sentencias de la Corte Constitucional, C-862/06 y la C-891A-06, en estos casos en que la pensión se reconoce en el año 2019 con el salario devengado en el año 1994, es procedente la indexación de la primera mesada pensional.

Sin embargo, el error de la falladora de primera instancia, radicó en el momento en que procedió a indexar la primera mesada pensional del actor, pues olvidó que debía tener en cuenta que dentro del proceso N°33.650 ya se había establecido como valor de la mesada la suma de **$246.014.24**, suma frente a la cual la parte actora en su oportunidad no presentó ningún reparo, por lo que al ser cosa juzgada no se pude tomar un valor diferente.

Ahora al aplicar la fórmula[2] establecida por la CSJ la cual es:

VA = VH x IPC Final /IPC Inicial

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Ingreso base de cotización

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad anterior a la de la fecha de causación de la pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad que corresponda al último salario o desvinculación.

VA = 246.014, 24 X 100 / 14.93 = $1’647.785

Una vez revisadas las operaciones aritméticas realizadas por la apoderada de la parte demandada en su recurso se evidencia que le asiste razón cuando señaló que el actor tenía derecho a una mesada inicial para el año 2019 de $1’647.785. Mesada que al reajustarse anualmente se encuentra que el actor tiene derecho a una mesada pensional para el año 2020 de $1’710.401, para el año 2021 de $1’737.938, para el año 2022 de $1’835.610 y para el año 2023 de $2’076.075.

[2] Sentencia SL 2270-2021

Por tanto, se modificará la condena impuesta por la falladora de primera instancia, ordenando al FONCEP que reliquide la mesada pensional del actor conforme a lo aquí ordenado. Igualmente deberá pagar el retroactivo que se genere por las diferencias causadas entre la mesada pagada y la aquí reliquidada desde el 25 de diciembre del 2019 hasta que se incluya en nómina el valor de la mesada reliquidada, pudiendo descontar del retroactivo lo correspondiente a los aportes en salud.

Finalmente, en cuanto al dicho de la apoderada de la demandada en el que indica que no está de acuerdo con que se haya fijado la suma de $3'000.000 como agencias en derecho, se le recuerda que este no es el momento procesal oportuno para atacar dicho punto, como quiera que de conformidad con numeral 5° del artículo 366 del Código General del Proceso el monto de las agencias en derecho solo puede controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar:

> ***"****CONDENAR al FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, PENSIONES Y CESANTÍAS FONCEP a reconocer y pagar al demandante señor LUÍS HUMBERTO BLANCO MATEUS la pensión de jubilación en cuantía inicial de $1'647.785 a partir del día 25 de diciembre de 2019 fecha en la cual el accionante arribó a la edad de 60 años; mesada que para el año 2020 asciende a la suma de $1'710.401; para el año 2021 en la suma de $1'737.938; para el año 2022 la suma de $1'835.610 y para el año 2023 la suma de $2'076.075.*

Igualmente, se condena a la demandada pagar las diferencias pensionales que surjan entre la mesada liquidada en esta sentencia y la pagada al actor, hasta el momento en que se incluya en la nómina de pensionados la mesada reliquidada, pudiendo descontar del retroactivo los correspondientes aportes a salud."

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 06-2020-00180-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: JORGE LUÍS SAENZ GARCÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.144.041.976 y tarjeta profesional No. 258.258 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MARÍA ALEJANDRA CIFUENTES VARGAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.014.244.637 y tarjeta profesional No. 294.799 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 06 de diciembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor JORGE LUÍS SAENZ GARCÍA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se determine si tiene derecho a la pensión de jubilación por vejez por reunir los requisitos contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 71 de 1988, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que mediante radicado N° 201695843111 solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación por vejez; que reúne los requisitos establecidos en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, pues cuenta con 60 años de edad y acredita 20 años laborados en el sector privado y público; que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que mediante Resolución GNR 31222 del 24 de octubre del 2016 Colpensiones le negó el reconocimiento de la pensión deprecada. (fls. 3 a 4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el contenido en el numeral 2 y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fls. 20 a 23).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"****ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta diligencia. Costas a cargo de la parte actora vencida en el proceso. Se fijan la suma de $300.000 como agencias en derecho"*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se probó que el demandante nació el día 07 de agosto de 1947 conforme se probó con la cédula de ciudadanía, por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el 01 de abril de 1994 contaba con más de 40 años y que conforme a la HL y los certificados de información laboral se estableció que el demandante prestó servicios al sector privado desde el 11 de febrero de 1974 hasta el 30 de septiembre del año 2012 equivalente a 769.43 semanas y al sector público sin importar si fue o no cotizado a una entidad de previsión social totaliza 2127 días computados, desde el día 06 de septiembre de 1965 hasta el día 16 de junio de 1971 en el Ministerio de Defensa Nacional es decir 2081 días y desde el día 24 de octubre de 1972 al 09 de diciembre de 1972 en el Ministerio de hacienda y Crédito Público 46 días. Que de las premisas respectivas se tiene que si bien el demandante acreditó la calidad de beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 toda vez que el antes citado nació el día 07 de agosto de 1947, es decir, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en abril 01 de 1994 el antes citado tenía más de 40 años de edad, no puede desconocer que a la vigencia del AL 01 del 2005 -julio 29 del 2005- el demandante acreditó 741.29, lo cual es inferior a las 750 semanas que exige la norma para extender el régimen de transición al 31 de diciembre del año 2014. Por otra parte se advierte que el demandante no acreditó una situación pensional consolidada al 31 de julio del 2010 bajo la normativa regulada por la ley 71 de 1988 artículo 7° de conformidad con las previsiones del artículo 1° del AL 01 del 2005 parágrafo transitorio 3° porque computados los tiempos del sector privado y los servidos en el sector público sin importar si fue o no aportado a una entidad de previsión social totaliza 981.14 semanas densidad inferior a las 1028.57 semanas que exige la

norma para la estructuración del derecho. Luego según las previsiones del artículo 1° del AL 01 del 2005 parágrafo transitorio cuarto es claro que la reclamación no puede prosperar en el entendido que no cumple los requisitos de la ley 71 de 1988 para el 31 de julio del 2010.

CONSIDERACIONES

En este grado jurisdiccional de consulta, se tiene que el accionante solicita se le reconozca una pensión bajo los parámetros del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 71 de 1988, con lo cual no está de acuerdo COLPENSIONES quien negó tal derecho mediante acto administrativo visibles de folio 8 y s.s., del plenario, para lo cual argumentó que el señor Jorge Luís Sáenz García no contaba con los 20 años de servicios requeridos para acceder a la pensión deprecada.

Al efecto si bien el demandante acreditó ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 01 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, al haber nacido el 07 de agosto de 1947 (fl. 11); lo cierto es que sólo conservó dicho régimen **hasta el 31 de julio del 2010**, como quiera que a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005 -25 de julio del 2005- no contaba con 750 semanas, sino únicamente con 739.01 semanas.

La Ley 71 de 1988 establece como requisitos para acceder a una pensión de jubilación haber prestado sus servicios durante 20 años y siendo hombre el cumplimiento de los 60 años de edad; requisito éste último que alcanzó el actor el 07 de agosto del 2007 como quiera que nació el mismo día y mes del año 1947 (fl. 11); sin embargo no cumple con el requisito de tiempo de servicios al 31 de julio del 2010 fecha hasta la cual conservó el régimen de transición, pues sumado el tiempo laborado en el sector público y el cotizado a Colpensiones únicamente acredita 18 años, 10 meses y 12 días, por lo que el actor no cumple con los requisitos establecidos en dicha normatividad, tal y como lo señaló la falladora de primer instancia.

Las anteriores son razones suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado. Sin costas en el grado jurisdiccional.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 21-2019-00019-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ARTURO CORTÉS CADENA
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 01 de febrero de 2022.

ANTECEDENTES

El señor ARTURO CORTÉS CADENA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que le reconozca y pague una pensión de invalidez a partir del 28 de julio del 2010 liquidada con un IBL teniendo en cuenta todos los factores salariales y prestacionales considerados por la sentencia de unificación del Consejo de Estado, junto con la indexación de las sumas adeudadas, los intereses moratorios, el incremento del 15% por su cónyuge y del 10% por su hija y la mesada 14. (fls. 2 y 46 a 47).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que a la fecha de presentación de la demanda tenía 70 años; que el 28 de julio del 2010 en el Hospital Simón Bolívar recibió su primer tratamiento de hemodiálisis; que desde el 05 de agosto del 2010 al 22 de junio de 2017 fue tratado con hemodiálisis; que tiene una invalidez del 75.10%; que el 22 de junio de 2017 se le trasplantó un riñón en Colombiana de Trasplantes; que para el 31 de marzo del 2008 tenía cotizadas 903 semanas y 3 días; que laboró con la Contraloría Distrital de Bogotá del 17 de junio de 1968 al 03 de agosto de 1968 y del 17 de noviembre de 1968 al 10 de septiembre de 1974; que con la Tesorería Distrital de Bogotá laboró del 03 de marzo de 1975 al 17 de abril de 1975 y del 16 de junio de 1975 al 28 de febrero de 1977; que laboró en el Juzgado Civil Municipal de Leticia Amazonas del 19 de abril de 1986 al 21 de mayo de 1989; que laboró para la Alcaldía Municipal de Inírida del 10 de mayo de 1993 al 10 de septiembre de 1993; que con el Juzgado Promiscuo del Circuito de Riosucio Chocó del 08 de octubre de 1998 al 07 de febrero de 1999; con el Juzgado Penal del Circuito de Leticia del 08 de febrero de 1999 al 06 de febrero del 2002; con la Registraduría Nacional del Estado Civil del 01 de marzo del 2005 al 31 de marzo del 2008; que se presentaron los siguientes días de interrupción: 28 días de la Contraloría Distrital de Bogotá, 90 días en la Tesorería Distrital de Bogotá y 7 días en la Alcaldía de Inírida; que según el ISS laboró en Interamericana de Distri Ltda del 22 de febrero de 1974 al 09 de marzo de 1974; que el 19 de octubre del 2012 solicitó pensión de invalidez

a Colpensiones; que mediante la Resolución GNR 5448 del 10 de enero de 2014 Colpensiones le negó la pensión de invalidez aduciendo que no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, lo cual es contrario a la ley; que el 31 de enero del 2014 interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación; que demostró haber laborado 903 semanas lo cual es más del 75% de 1000 semanas; que en la constancia de la Registraduría Nacional del Estado Civil se omitieron incluir los sobresueldos que percibía todos los meses por clima y distancia, más la prima electoral porque hubo elecciones todos los años que laboré y los viáticos recibidos por haber sido trasladado a Puerto Carreño desde octubre del 2007 a diciembre del mismo año por las elecciones; que convivió maritalmente con la señora Clarise Grández Cáuper desde hace más de 15 años y contrajeron matrimonio; que tienen una hija llamada Emma Jazmín Cortés Grández de 16 años de edad. (fls. 1 a 2 y 45 a 46).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 7 y 10; dijo ser parcialmente cierto el 1 y 4; negó el 6, 8, 9 y 11 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, buena fe de Colpensiones, compensación y la innominada o genérica. (CD fl. 87).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR *que el señor* ***ARTURO CORTÉS CADENA*** *tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez a partir del 01 de abril del 2015.*

SEGUNDO: CONDENAR *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES*** *a pagar a favor del demandante la suma de $19'775.956,09, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 01 de abril de 2015 hasta el 01 de febrero de 2016.*

TERCERO: CONDENAR *a* ***COLPENSIONES*** *a pagar al demandante la indexación sobre cada una de las mesadas debidas relacionadas en el numeral anterior, desde la fecha de su causación y hasta la fecha efectiva de su pago.*

CUARTO: *declaran no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DEL DERECHO, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, NO PROCEDENCIA AL PAGO DE COSTAS EN INSTITUCIONES ADMINISTRADORAS DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ORDEN PÚBLICO, CARENCIA DE CASA PARA DEMANDAR, BUENA FE DE COLPENSIONES Y COMPENSACIÓN.*

QUINTO: ABSOLVER *a* ***COLPENSIONES*** *de las demás pretensiones formuladas en su contra.*

SEXTO: *Costas a cargo de la parte demandada* ***COLPENSIONES*** *y en favor de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de $1.000.000.*

SÉPTIMO: CONSÚLTESE *esta decisión* ***CON EL SUPERIOR,*** *por ser adversa a los intereses de* ***COLPENSIONES****"*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que obra dictamen pericial del 11 de julio del 2012 del extinto ISS donde se le determina una PCL del 75.10% por el diagnostico de insuficiencia renal crónica con fecha de estructuración del 28 de julio de 2010; que mediante Resolución GNR 5448 del 10 de enero de 2014 Colpensiones le negó la pensión de invalidez por no acreditar 50 semanas antes de la fecha de estructuración de la invalidez; decisión que fue revocada por la Resolución GNR 43366 del 09 de febrero de 2016 por medio de la cual se le reconoció la prestación pensional a partir del 01 de febrero del 2016 decisión sustentada en la enfermedad degenerativa del actor y por existir cotizaciones posteriores a la fecha en que se expidió el dictamen de calificación. Que conforme al reporte de semanas cotizadas de Colpensiones se tiene que el demandante efectúo cotizaciones entre el 22 de febrero de 1974 al 31 de

marzo del 2015 para un total de 525.86 semanas. En cuanto al retroactivo pensional solicitado a partir del 28 de julio del 2010 se debe tener en cuenta el artículo 39 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la ley 860 del 2003 el cual señala como requisitos para obtener el derecho a la pensión de invalidez que el afiliado al sistema que se declare invalido acredite haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Que la Corte Constitucional en sentencia SU 588 de 2016 explicó que para determinar el cumplimiento de los requisitos de la pensión de invalidez en el caso de las enfermedades crónicas y degenerativas o congénitas las administradoras de pensiones y las autoridades judiciales deben verificar primero que la invalidez se haya estructurado como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica o degenerativa; segundo, que existen aportes hechos al sistema por parte del solicitante; que existe una efectiva y probada capacidad laboral residual, debiendo verificarse el momento desde el cual se ha cumplido con los requisitos establecidos en la ley 860 del 2003, es decir, que la persona cuente con 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, por lo que para determinar la fecha real desde la cual se debe realizar el conteo las diferentes salas de revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez y la fecha de la última cotización efectuada porque se presume que fue allí cuando la invalidez se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo o tener por sí mismo su sustento económico. Que la CSJ en sentencia SL 1718 del 2021 señaló que en recientes decisiones la CSJ ha precisado que tratándose de afiliados que padecen enfermedades de tipo crónico, o de tipo degenerativo como en el caso del accionante es posible tener en cuenta no solo la fecha de estructuración de la invalidez sino también la de la calificación de tal estado o la última cotización realizada dado que estas circunstancias permiten establecer que el afiliado pese a la declaratoria formal del dictamen médico científico sobre su condición para trabajar es dable tener una fecha de estructuración diferente lo cual implica desde luego entender el riesgo de invalidez desde una perspectiva diferente, esto es, como el momento justo en donde la enfermedad se evidenció de forma tal que implicó al trabajador en una situación de invalidez que debe ser amparada por el sistema general de seguridad social por ser una pérdida de capacidad laboral permanente y

definitiva conforme lo estipula el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, pues nótese que el asunto que se analiza gira en torno a la persona que padece una enfermedad de tipo crónica y degenerativa, esto es, insuficiencia renal terminal diálisis sin convulsivo y que aún luego de la fecha del dictamen de la junta siguió cotizando al sistema de seguridad social hasta el 30 de noviembre del 2014. Que se debe precisar que según la organización mundial de la salud las enfermedades de tipo crónico son de larga duración y progresión generalmente lenta. Que la CSJ ha adoctrinado que es perfectamente posible que los afiliados que padecen este tipo de enfermedades a pesar de su gravedad conserven una capacidad laboral que les permite ingresar o mantenerse en el mercado del trabajo y afiliarse y cotizar al sistema de seguridad social en condiciones normales de modo que pueden tener por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana -de modo que los aportes que una persona trabajadora en estas situaciones efectúa al sistema de seguridad social deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión, así estos se hagan con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada en un dictamen y en consecuencia se reitera que para identificar la fecha de causación es posible computar la última cotización efectuada al estimarse que a partir de ahí sin duda tuvo una situación de invalidez. Considera el Despacho que no hay lugar a reconocer la pensión de invalidez desde el 28 de julio del 2010 fecha de estructuración según el dictamen pericial, toda vez que con posterioridad a dicha data el demandante se encontraba cotizando al sistema general de pensiones de seguridad social en pensiones y que incluso con posterioridad a la fecha en que se emitió el dictamen 11 de julio del 2012 y la fecha de solicitud pensional el 19 octubre del 2010 siguió efectuando cotizaciones las cuales se extendieron hasta marzo del 2015. Que la jurisprudencia de la CSJ y de la Corte Constitucional han dejado por sentado que las enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo dan la capacidad residual para trabajar y que en dichos casos se da la posibilidad de tener como pérdida de la capacidad laboral no solo la fecha de estructuración de la invalidez sino otras situaciones como la fecha de solicitud pensional, la data de emisión del dictamen o la última cotización al sistema, toda vez que resulta necesario identificar el momento en el cual la situación de salud del afiliado le impidió continuar siendo

laboralmente productivo y continuar brindándose su sustento económico observándose en el presente asunto que le fue diagnosticada insuficiencia renal crónica patología a la cual se le deben aplicar las reglas jurisprudenciales referidas. Máxime cuando se advierte que a la fecha de estructuración el actor no cumplía con los requisitos legales de 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores, sino únicamente con 38.57 semanas cotizadas. Ahora en nada afecta la anterior conclusión si se tiene en cuenta que los tiempos de servicios laborados en dichas entidades no fueron dentro de los 3 años anteriores a la estructuración, pues son los mismos que se tuvieron en cuenta en la historia laboral. Que se debe reconocer la pensión a partir de la última cotización al sistema, pues se entiende que hasta dicha data conservó su capacidad para laborar, acreditando más de las 50 semanas requeridas para poder causar el derecho, por lo que tiene derecho al reconocimiento a partir del 01 de abril del 2015 como quiera que la última cotización la efectúo en el ciclo de marzo del 2015. Que se cuantifica el retroactivo hasta el 31 de enero del 2016 lo cual arroja la suma de $19’775.956,09 como quiera que la pensión le había sido reconocida a corte de nómina y no a la data de la última cotización. En cuanto a la excepción de prescripción se debe tener en cuenta que se reconoció la pensión mediante la Resolución GNR 4336 del 09 de febrero del 2016 y la demanda se radicó el 01 de enero de 2019 sin que entre ambas actuaciones haya transcurrido más de 3 años. Respecto a los intereses moratorios no proceden porque se dio aplicación a un criterio jurisprudencial. Procede la indexación. En cuanto a la reliquidación de la pensión con base en todos los factores salariales porque se olvidó en la constancia de la registraduría del estado civil se omitió incluir los sobresueldos, y la prima electoral así como los viáticos por haber sido trasladado. Que se debe precisar que el expediente se encuentra huérfano de prueba alguna de la cual se pueda establecer los conceptos cancelados y enunciados en la demanda máxime cuando se indica que la Registraduría Nacional del Estado Civil decidió omitirlos en la certificación allegada al expediente lo cual no puede ser endilgado a Colpensiones por lo que se absuelve de esta pretensión. Sobre la Mesada 14 establece que se vio limitada con la entrada en vigencia del AL 01 del 2005 por lo que el actor no tiene derecho por haberse causado el derecho con posterioridad al 31 de julio del 2011. Del incremento del 15%

por su cónyuge y del 10% por su hija, se desconoce el fundamento jurídico que establece dichos incrementos, pues los que conoce son del 14% y 7% y ya la Corte señaló que perdieron vigencia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpone recurso de apelación argumentando que integra y extiende la sustentación presentada anteriormente en la vía gubernativa y en la vía judicial o jurisdiccional; que antes de este demandatorio en tiempo y en derecho presentó accionar demandatorio ante la justicia contencioso administrativa quienes después de varios años de estar actuando el proceso decretaron que correspondía a la jurisdicción laboral desconociendo el tiempo que me daba el derecho a la pensión de novecientas y pico de semanas; no quinientas y pico; que la demanda se efectúo dentro de los términos en que la ley daba derecho al reconocimiento de su pensión sobre el último salario base de liquidación correspondiente a la integralidad de sus emolumentos laborales en el último año anterior al evento de su catastrófica incapacidad; que la enfermedad que originó su incapacidad no se empezó a desarrollar a partir de julio de 2028 (sic) sino que se vino desarrollando desde muchos años anteriores; que la jurisprudencia reconocida por la Juez en esta sentencia muy bien lo dice que duran varios años para presentarse el hecho de la invalidez especialmente en cuanto a las enfermedades de riñones, la cual se viene estructurando desde aproximadamente 2004 – 2005; que no recuerda en este momento; que es una enfermedad lenta en su evolución; que en el momento en que le hacen "operatorio científico" correspondiente al evento de presentarse fue en el 2010 pero la enfermedad venía desde antes eso lo saben los médicos y los científicos del área específica de los análisis renales; en segundo lugar, que por tal enfermedad tuvo varios eventos en los que lo pusieron al borde de la muerte; que antes a esa fecha fue tratado en el Hospital de Simón Bolívar y en el Hospital del Tunal; que en el Hospital del Tunal lo trataron anteriormente al evento y en otras partes también tuvo tratamientos médicos delicados; que inicialmente no quería que le hicieran la diálisis porque creía que se podía por otros medios médicos curar o lograr

una mejora pero fue tal su condición que se vio obligado tuvo que recurrir y aceptar que le hicieran la intervención médica quirúrgica conveniente y determinante como lo fue la diálisis; que incluso la trabajadora social del Hospital Simón Bolívar ante la última visita que le hizo su esposa la llamó a ella con urgencia y le dijo que él estaba punto de morir para que lo atendiera y le hicieran la intervención para la diálisis; que la diálisis y la incapacidad no son posteriores a 2010 sino anterior; que en ese momento se estaba aplicando la ley que decía que había lugar al reconocimiento de la mesada 14 y la demanda que presentó ante el contencioso administrativo fue después de agotar la vía administrativa como lo obliga la ley luego no hay lugar a que esos derechos le sean prescritos o le fueran desconocidos cuando el Tribunal Administrativo envío a los juzgados o le hizo que presentara la demanda ante los juzgados laborales; que eso se mandó al juzgado 25 Laboral del Circuito el cual lo obligó a que presentara una demanda acorde al Código de Procedimiento Laboral; que él la tenía estructurada acorde a la ley contencioso administrativa que no exige tantos requisitos como los exige el código de procedimiento laboral reformado donde se pide que se justifique cada uno de los hechos y cada uno de las sustentaciones y de las peticiones que se haga, por tal razón hubo otro alargue ahí de tiempo; que los seguros sociales inicialmente y después Colpensiones tienen un actuar confuso, amañado, dilatante, extendible y nugatorio de los justos derechos del trabajador; que tienen la costumbre de desconocer el contenido de los documentos públicos que tienen presunción de veracidad de integralidad y de corrección en su contenido; que el tiempo que laboró con el Estado en todo momento hubo aporte; que como se sabe a uno le descuentan por nómina; que el trabajador no está aportando directamente de su bolsillo sino de la misma cantidad que le reconocen mensualmente: que todos los meses y todos los días por esos mismos valores le descuentan a uno directamente sin intervención, ni participación alguna del trabajador o del funcionario estatal, sino que va directamente a la respectiva caja o fondo pensional o en este caso los últimos que fueron a los seguros siempre hubo aportes pensionales, que no es cierto que solamente hubiese aportado 500 semanas a julio 28 de 2010, sino que aportó novecientos y pico de semanas, tal y como lo especifico y aclaró en su demanda; que conforme lo había hecho en los demandatorios anteriores así

esta ajustado a ley y no le es desconocible otro efecto jurídico que el ordenado en el Decreto 860 de 2003; Decreto Ley que dice que se requieren 25 semanas en el último año; que para el caso concreto se presentó entre 2007 y 2008; que según las constancias de la registraduría si laboró 25 semanas entre 2007 y 2008 y eso en relación al 2010 que fue cuando se le reconoce el evento de invalidez; que está plenamente determinable que corresponde a 25 semanas o mucho más de 25 semanas, por lo que cumple el término especificado y ordenado por la ley; que no hubo interrupción en ningún momento para que se hablara de prescripción, entonces su derecho pensional rige a partir del evento de su invalidez; que por otro lado el haber ido aportando como se aportó para asuntos de pensión y de aportes laborales a salud lo hizo su familia en el evento que el actor estaba a punto de morir en el hospital, estaba absolutamente invalido no podía movilizarse y su familia en un gesto humanitario y solidario lo inscribió nuevamente en los seguros sociales con el salario mínimo y se seguía aportando porque yo tenía simplemente que vivir; que hacia cositas mínimas como una tutela, un derecho de petición, como una consulta jurídica, ya que no podía movilizarse físicamente estaba impedido y al estar así si seguía trabajando pero no es que tuviera plena capacidad, pues tenía menos del 75% de invalidez; que su invalidez fue física gracias a Dios no fue mental, entonces el hecho de que el actor mentalmente funcionara no quiere decir o deducir que era hábil o capaz de trabajar es una cosa humana de sobrevivencia de que si no hacia algo se iba a morir de hambre; que los aportes no eran porque le faltaran semanas o meses de cotizar, ni siquiera días para cumplir las 750 semanas ósea el 75% de aportes a la seguridad social para la fecha en que dejó de trabajar con el Estado y para la fecha que se cumple su invalidez si tenía los aportes de más de 500 semanas; no como mentirosamente lo dijeron los seguros sociales y de ahí se acogió solidaria pero injustamente e ilegalmente Colpensiones para denegarle sus derechos justos laborales por tal razón ruega al superior que considere que tiene derecho a partir de julio no a partir del último día de aportes, ya que esos aportes a posteriori no dan lugar a ninguna causalidad de derecho porque el derecho ya estaba adquirido, por tal razón la cantidad o el porcentaje o el IBL que les correspondía fue el que indicó; que los actos administrativos tienen un principio de credibilidad más cuando lo hacen a un funcionario o a un exfuncionario a una persona o a

un ciudadano que ya no tiene ninguna vinculación con los entes estatales simplemente están diciendo lo que verdaderamente sucedió como es que el actor estuvo aportando a los seguros sociales; que en cambio los seguros sociales y Colpensiones si tienen la intencionalidad maligna y adversa al derecho de denegar los justos derechos de los pensionados y de los pensionables porque como han sido mal administradas todas las veces y siempre lo han sido eso da lugar a que traten de justificar sus economías o sus presupuestos denegándole al trabajador sus derechos justos porque no es el primer caso que ha tenido donde le deniegan al trabajador tiempos, fallos y documento públicos, incluso con documento que son de presunción de legalidad como en su caso que no requieren pruebas de veracidad como lo exigió la parte demandada en este demandatorio sino que tienen presunciones de verdad al cumplir el tiempo de haber laborado, que tiene el derecho a que se le reconozca a partir de tal fecha y el reconocimiento de la mesada 14; que extiende las argumentaciones que presentó en la vía gubernativa y en la vía judicial o jurisdiccional; que se reserva su derecho a ampliar su sustentación ya que va aportar algunos documentos en segunda instancia referente a sus justos derechos; que tanto la jurisprudencia colombiana como la jurisprudencia universal y la jurisprudencia de las altas Cortes colombianas reconocen los justos principios filosóficos y jurídicos de favorabilidad al trabajador, al empleado, al funcionario aparte de que hay unos factores especiales de favorabilidad al invalido a las personas de la tercera edad, por tal razón ruega se le reconozca lo pedido y justificado en todo su accionar.

Por su parte, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación para que se revoque de manera parcial la sentencia proferida en primera instancia, toda vez que se aparta totalmente de lo manifestado en cuanto al retroactivo pensional en el que ordena se le reconozca la pensión al demandante a partir del 01 de abril del 2015 y el correspondiente retroactivo en cuantía de $19’375.956.10, pues debe tenerse en cuenta que la Resolución GNR 43366 del 09 de febrero del 2016 es una Resolución que se encuentra ajustada a derecho y goza de total legitimidad; que si bien es cierto al demandante no se le reconoció la pensión desde su fecha de estructuración, esto es, desde el 28 de julio del 2010, esto es, porque como Colpensiones lo reiteró en

diferentes oportunidades el demandante no aportó el certificado de incapacidades para así poder realizar el estudio en cuanto al retroactivo por lo que no es de recibo que no se tengan en cuenta los requisitos o protocolos con los que la entidad requiere a sus afiliados con el fin de realizar los estudios pensionales y que al no ser aportados por este hecho demandar a la entidad y hacerla ejercer toda una defensa cuando fue el afiliado el que no aportó la documental requerida; que diferente fuera si su representada no le colocara de presente a sus afiliados cuales son los requisitos necesarios para los diferentes trámites ante la entidad; que esto se acompasa con el artículo 10 del Decreto 758 de 1990 en el que habla sobre el disfrute de la pensión de invalidez por riesgo común; que por otra parte en cuanto a las costas procesales; que no lo hace en cuanto a la cuantía sino en cuanto a la imposición ya que esta no es la oportunidad procesal pertinente; que teniendo en cuenta que no prosperaron en forma completa las pretensiones de la demanda sino de manera parcial de conformidad con el artículo 365 del C. G. del P. numeral 5° en donde se manifiesta que en caso de que prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena fundamentando su decisión; que por otro lado si bien Colpensiones se ha opuesto a las pretensiones de la demanda lo hizo en atención a salvaguardar los recursos de todos sus afiliados pues el artículo 48 en su inciso 3 refiere que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella.

CONSIDERACIONES

En este asunto no existió discusión respecto a que el demandante, fue calificado por el Seguro Social hoy Colpensiones con una pérdida de capacidad laboral del 75.10% conforme se verifica de dicho dictamen expedido el 11 de julio del 2012 visible a folio 12 del expediente, señalándose como fecha de estructuración de dicha invalidez el **28 de julio del 2010**.

Es así como acreditado el porcentaje de PCL y que excede el 50%, en cuanto al requisito de cotización, ha sido pacífico el criterio emitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en la

sentencia 39766 de 2011, que indica que **la normatividad aplicable para estudiar la pensión de invalidez es la vigente al momento de la estructuración de dicho estado** y que para el caso de autos se reitera **lo fue el 28 de julio de 2010**, es decir que la pensión debe estudiarse con los presupuestos de la Ley 860 de 2003 que requiere que la persona hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y no 25 semanas como lo pretende el demandante, en esta oportunidad contrario a lo señalado por el demandante no se cumple el requisito de semanas exigido, como quiera que en los 3 años anteriores -28 de julio del 2007 al 28 de julio del 2010- sólo logró cotizar 38.85 semanas, por lo que acertó la falladora de primera instancia cuando señaló que el demandante no alcanzó dicha densidad de cotizaciones.

Siendo necesario precisarle al demandante que para la contabilización de las semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración se tuvo en cuenta el tiempo laborado en la Registraduría Nacional del Estado Civil y los aportes realizados como independiente registrados en la historia laboral actualizada aportada por Colpensiones (CD fl. 87), sin embargo, no cumple con las semanas requeridas.

Tampoco se le puede dar aplicación al parágrafo 2° del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 860 del 2003, como quiera que el actor para el 28 de julio del 2010 contrario a su dicho no tenía cotizado el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez que corresponden a 881.25 semanas, sino únicamente 772.6 semanas, por lo que es claro que si requería acreditar 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, lo cual se reitera no cumple.

No obstante lo anterior, se tiene que de igual forma no ofreció reparo que el padecimiento del demandante tiene la connotación de una enfermedad **degenerativa**, como quiera que se demostró mediante el dictamen de PCL a que se aludió que padece de **insuficiencia renal crónica en hemodiálisis,** padecimientos que indica dicho dictamen iniciaron aproximadamente en el año 2010. Y es que si bien el actor manifiesta que su enfermedad venía desde antes como lo saben los médicos, lo cierto es, que no aportó al presente

proceso ninguna prueba que permita inferir que su enfermedad venía desde antes del año 2010, no siendo suficiente con que sus médicos tengan conocimiento, sino que era su obligación probarlo dentro del presente proceso, lo cual no hizo.

Ahora, respecto de las enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas, **la jurisprudencia ha establecido como excepción** tener en cuenta el tiempo de cotización exigido por la normatividad aplicable con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez, como lo indicó entre otras en sentencia SL5576 del 20 de octubre de 2021, oportunidad en que reiteró:

> *Pues bien, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado que el derecho a la pensión invalidez debe analizarse y dirimirse conforme a la norma vigente al momento de la estructuración de tal condición. En esa perspectiva, la disposición que rige el asunto es el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, toda vez que la pérdida de la capacidad laboral del actor se estructuró formalmente el 18 de octubre de 2011. Por tanto, en principio, es esa data la que debe tomarse como referente para determinar el lapso temporal de los tres años anteriores a la consolidación del estado de invalidez que exige la norma para el cumplimiento de las 50 semanas de cotización, como requisito mínimo para que el asegurado acceda a la prestación periódica por invalidez.*
>
> ***No obstante, respecto del momento a partir del cual se contabiliza el número de cotizaciones en tratándose de afiliados que padecen enfermedades de tipo crónico, congénito o degenerativo, como es el caso del accionante, la Corte también ha establecido que es posible tener en cuenta no solo la data formal de estructuración de la invalidez, sino también (i) la de la calificación de dicho estado, (ii) la de la solicitud de reconocimiento pensional, o (iii) la de la última cotización realizada (CSJ SL3275-2019, CSJ SL3992-2019, CSJ SL770-2020 y CSJ SL1718-2021).*** *Lo anterior, dado que estas circunstancias permiten establecer que el afiliado, pese a la declaratoria formal inserta en un dictamen médico científico respecto a su condición para trabajar, conservó una capacidad laboral y por ello es dable fijar una fecha diferente para establecer el trienio en el que se deba contabilizar el requisito de las 50 semanas de cotización.*
>
> *Desde luego que esto implica entender el riesgo de invalidez desde una perspectiva diferente, esto es que pese a existir y ser verificado, subsiste una capacidad laboral susceptible de ser amparada por el sistema de seguridad social, hasta que se agote de forma permanente y definitiva.*
>
> *Además, nótese que el asunto que se analiza gira en torno a una persona que (i) padece una enfermedad de tipo crónica y degenerativa, esto es, «insuficiencia renal crónica, hemodiálisis, diabetes mellitus, ojo ciego derecho e hipotiroidismo», y (ii) aún después de haberse consolidado el estado de invalidez, siguió cotizando al sistema de seguridad social en pensiones hasta el ciclo «abril de 2013».*
>
> *Al respecto, es relevante precisar que según la Organización Mundial de la Salud -**OMS**- **y la Organización Panamericana de Salud -OPS-, las enfermedades de tipo «crónico» son de larga duración y progresión generalmente lenta y se catalogan como una patología para la cual «aún no se conoce una solución definitiva y el éxito terapéutico consiste en tratamientos paliativos para mantener a la persona en un estado funcional, mediante***

el consumo constante de fármacos (…); dichas enfermedades, hoy por hoy, son las causantes de la mayoría de muertes y de discapacidades mundiales».

De acuerdo con la OMS, encajan en ese grupo «las enfermedades cardíacas, los infartos, el cáncer, las enfermedades respiratorias y la ***diabetes****», en tanto constituyen padecimientos y condiciones que, pese a tener manifestaciones clínicas diversas, comparten algunas características básicas comunes, como son su persistencia, el requerir manejo durante años o decenios y el hecho de que desafían seriamente la capacidad de los servicios de salud[1]. Se caracterizan también por tener «estructuras causales complejas mediadas por múltiples condiciones de exposición, periodos de latencia largos, evolución prolongada, relativa incurabilidad, y carácter degenerativo» que, sin manejo adecuado, generan discapacidad o alteración funcional, con la consecuente pérdida de autonomía del sujeto afectado.*

De modo que los aportes que una persona trabajadora en estas condiciones efectúe al sistema de seguridad social en pensiones deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento eventual de la prestación, así estos se hagan con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada en un dictamen y, en consecuencia, se reitera, para analizar el requisito de la densidad de semanas es posible computar la última cotización efectuada al estimarse que a partir de allí el individuo tuvo una situación de invalidez en los términos establecidos en el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, esto es, una pérdida de capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

Ahora, no se trata en estricto rigor de que se cambie la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral en el porcentaje requerido para la configuración del estado de invalidez; lo que se permite es la posibilidad que la fecha hito para marcar el trienio en el que se deban cotizar las 50 semanas que exige la Ley 860 de 2003, se pueda fijar también en la de calificación del mencionado estado, de la solicitud de reconocimiento pensional, o la de la última cotización realizada. *(Negrilla fuera del texto original)*

Es así como contrario a lo señalado por el demandante, nada impedía al juzgador de primer grado tener en cuenta la fecha de su última cotización como determinante para realizar el cómputo de las 50 semanas exigidas por la normatividad legal para estudiar el reconocimiento pensional peticionado, cuando como se dijo, **no ofreció reparo la calidad de crónicos y degenerativos que ostentan los padecimientos del demandante,** circunstancia que quedó plenamente probada en el plenario y lo cual contrario a lo señalado por el mismo demandante le es más favorable.

De manera que al presentar el actor una enfermedad crónica o degenerativa, nos encontramos frente a una enfermedad que por efectos de su progresión o los diferentes estadios que la misma puede presentar, tal y como lo ha

[1] Documento técnico del proyecto de desarrollo de autonomía para la prevención y control de las condiciones crónicas en el distrito capital plan de intervenciones colectivas. SDS. 2009.

explicado la CSJ entre otras en la sentencia SL 3852-2022, el afiliado no pierde de manera definitiva su capacidad real laboral en aquella data que se fija como estructuración de la PCL, en la medida que, al seguir laborando, desvirtúa dicha precisión, lo cual se denomina capacidad laboral residual, la cual, según la Corte, «consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas».

No pudiendo señalarse que las cotizaciones efectuadas por el demandante a partir del año 2010 tienen connotación de defraudatorias del sistema, pues en el plenario no obra prueba de tal actuar contrario a la Ley, máxime si se tiene en cuenta que superó con amplitud la densidad de 50 semanas exigida en la normatividad aplicable, circunstancia que denota que de haber sido su voluntad defraudar al sistema pensional, hubiera cotizado únicamente las semanas exigidas para la prestación reclamada. Y si bien el actor refiere que no era hábil para trabajar, sino que lo hacía para no "morir de hambre" o por "sobrevivencia" y que su invalidez fue física y no mental, por lo que podía realizar labores mínimas como tutelas, derechos de petición o consultas jurídicas como abogado, es claro que esto corresponde a esa capacidad laboral residual de que habla la CSJ, y por tanto si se podía tener en cuenta la fecha de la última cotización del demandante como determinante para realizar el cómputo de las 50 semanas exigidas por la normatividad legal para estudiar el reconocimiento pensional peticionado.

Y así lo entendió Colpensiones, pues mediante la Resolución GNR 43366 del 09 de febrero del 2016 le reconoce al actor la pensión de invalidez a corte de nómina; radicando la controversia en la fecha a partir de la cual se le debe reconocer dicha pensión al actor y así determinar si se genera o no un retroactivo pensional.

En este punto, encuentra la Sala que le asiste razón a la falladora de primera instancia al señalar que la pensión de invalidez del actor debe ser reconocida a partir del día siguiente a la última cotización, esto es, **01 de abril del 2015**, como quiera que para la fecha en que se le estructuró la invalidez al actor el

28 de julio del 2010 no cumplía con el requisito de semanas exigido, como ya se explicó. No existiendo prueba de que al actor se le hayan generado incapacidades entre el 01 de abril del 2015 y la fecha en que le fue reconocida la pensión por parte de Colpensiones, por lo que, si se genera un retroactivo en su favor entre el 01 de abril del 2015 y el 01 de febrero de 2016, contrario a lo señalado por la apoderada de la entidad seguridad social demandada.

Luego al reconocerse la pensión a partir del 01 de abril del 2015 es claro que no tiene derecho a la mesada 14 conforme lo establece el AL 01 del 2005.

Por otra parte, tampoco le asiste razón al demandante al solicitar que su pensión sea liquidada sobre la integralidad de sus emolumentos laborales del último año anterior a la fecha de estructuración, como quiera que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y tal y como lo ha enseñado la CSJ entre otras en la sentencia SL 2772-2021 la pensión del actor debe liquidarse con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior por tratarse de una pensión de invalidez.

En cuanto al argumento de Colpensiones respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Así las cosas, al encontrarse ajustada a derecho la decisión de primer grado, se impone confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 31-2021-00042-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JULIAN SALCEDO BENAVIDES

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **PAULA HUERTAS BORDA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.020.833.703 y tarjeta profesional No. 369.744 del C.S de la J en su calidad de abogada inscrita de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 07 de febrero de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

El señor JULIÁN SALCEDO BENAVIDES por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS lo asesoró equivocadamente en el momento en que se trasladó del RPMPD; que no lo asesoró sobre la posibilidad de retornar a Colpensiones; se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; que se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el traslado del actor junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad; se ordene a COLPENSIONES que active al actor, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 7 a 8 archivo 001. DEMANDA y fls. 3 a 4 archivo Subsanación)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 28 de agosto de 1957; que al momento de la presentación de la demanda contaba con 62 años de edad; que inició su vida laboral cotizando en el ISS hoy COLPENSIONES; que logró cotizar en el RPMPD 626 semanas; que durante toda la vida laboral logró cotizar 1949 semanas; que el 05 de mayo de 1994 se trasladó al RAIS a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; que la razón de su traslado fue la información dada por un asesor relacionada con lo siguiente: a) ahorro individual con altos rendimientos, b) conocimiento periódico del ahorro, c) posibilidad de pensionarse antes de la edad, d)los dineros del ahorro individual se garantizaban con inversiones y títulos sólidos en el mercado financiero, ya que cuentan con el respaldo de grupos económicos fuertes, e) que el ISS se iba a quebrar y el gobierno no podría responder por tantas pensiones; que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS no lo asesoró

respecto de la posibilidad de retornar al RPMPD; que tampoco lo asesoró en el tiempo que estuvo afiliado a dicha entidad; ni tampoco le dijo que para devolverse al Seguro Social debía hacerlo antes de que le faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión; que no le realizó ningún estudio pensional pese a tener su historia laboral; que no lo asesoró sobre las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario; que el 20 de noviembre del 2009 se trasladó a la AFP PORVENIR; que su traslado no estuvo precedido de ninguna asesoría; que fue una decisión personal teniendo en cuenta que llevaba aproximadamente 14 años sin que le resolvieran el tema del bono pensional; que el 02 de junio del 200 le solicitó a la AFP PORVENIR que le realizara un estudio de su situación pensional; que el 09 de junio de 2020 le dieron respuesta señalándole que en dicha entidad tendría derecho a una mesada pensional de $5'594.900; que de acuerdo al cálculo actuarial que se elaboró se determinó que en COLPENSIONES tendría derecho a una mesada pensional de $11'034.785; que solicitó el traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 8 a 10 del archivo 001. DEMANDA fls. a 4 archivo Subsanación).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó ser cierto el 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 15, 16, 17, 20, 25 y 26; negó el 24 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, buena fe y la genérica. (archivo 012. Contestación demanda COLPENSIONES).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1 y 6; negó el 7, 8, 9, 10, 11, 12, 22 y 23 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito 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 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación dela afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la genérica. (archivo 013. Contestación COLFONDOS).

Finalmente, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 5, 13, 15, 16 y 20; negó el 14 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 014. 2021-042 CONTESTACION PORVENIR).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante, Julián Salcedo Benavides, a las demandas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A. Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, como quiera que el traslado de régimen del demandante surte plenos efectos jurídicos y es plenamente válido teniendo al demandante como válidamente afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo su fondo de pensiones actuales PORVENIR.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** al demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de COLFONDOS y medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de PORVENIR." (archivo 031. ACTA ART. 80 CPT Y SS 2021-042. 07-02-22)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no basta con la firma del formulario de afiliación, pues si el demandante alega no haber recibido la información necesaria al momento del traslado le corresponde al demandado probar que si la brindó. Que con el escrito de demanda no queda ninguna duda del traslado. Que el demandante confesó haber recibido la información necesaria al momento del traslado, pues tenía conocimiento sobre el bono pensional y se afilió en la AFP PORVENIR a realizar aportes voluntarios en el 2004 cuando todavía se encontraba afiliado a COLFONDOS S.A.; que se acreditó que al momento del traslado tuvo la información suficiente por lo que no es posible declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen. Que se habla de un vicio del consentimiento lo cual no acreditó la parte demandante, por lo que su traslado es plenamente válido.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió señalando que, la decisión proferida en primera instancia se basa en la confesión realizada en la demanda y en el interrogatorio de parte rendido por el actor frente a lo preguntado por las demandadas Colpensiones, Porvenir y Colfondos. Que en primera medida es importante resaltar que las preguntas precedidas por los apoderados nunca precisaron el tiempo en que se hacia la pregunta, se hacia la pregunta respecto a usted conoce o conocía si tenía derecho a una modalidad de pensión anticipada a lo cual el actor respondió que sí, pero nunca preciso que dicha información se hubiese dado al momento del traslado; que se desconoce en qué momento él tiene conocimiento de esa información; que así mismo es importante resaltar que en la sentencia SL 1452-2019 se hace una revisión de la línea jurisprudencial que se venía trabajando desde el año 2008 y se presenta una serie de obligaciones de acuerdo a las normas vigentes al momento en que se efectúa el traslado; que en dicha sentencia frente al traslado efectuado se divide en 3 etapas: la primera, es un deber de información; la segunda, es un deber de información, asesoría y buen consejo y, la tercera, es un deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría; que en la primera etapa que es donde se da el traslado de régimen del actor en dicha sentencia se establece que el contenido mínimo se basa prácticamente en la 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 y la eventual pérdida de beneficios pensionales; que en esa etapa se trae a colación el artículo 97 numeral 1° del Decreto 663 de 1993 y las disposiciones constitucionales relativas al derecho de información y el no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal; que en este sentido se permite traer a colación que los rendimientos, que el bono pensional y que la pensión anticipada no son los únicos requisitos, características o condiciones del RAIS; que en ningún momento quedó plasmado que al actor se le hubiese informado sobre por ejemplo las modalidades de pensión que tiene el régimen de ahorro individual y sus características: retiro programado, renta vitalicia, retiro programado con renta vitalicia y las demás modalidades aprobadas con posterioridad por la superintendencia financiera; segundo que durante todo el interrogatorio el actor hizo una referencia a la edad y se parte del supuesto que con la expedición de la ley 100 el régimen de ahorro individual tiene una característica prácticamente propia y es que los afiliados de dicho régimen pueden elegir a que edad se pueden pensionar no hay una edad mínima como si lo presenta el actor cuando se le pregunta sobre el tema de la pensión anticipada él dice que le informan sobre la edad mínima y las semanas cotizadas lo cual no se puede tener como una confesión de que el conociera una característica propia del sistema porque de entrada es claro que no se requería una edad para acceder a una pensión anticipada lo que el debería saber en ese momento es que para poder acceder a una pensión anticipada debía tener un capital acumulado que rentara el 110% de un salario mínimo, no la cantidad de semanas, ni la edad requerida para poder pensionarse de manera anticipada, por consiguiente la información entregada por el asesor de Colfondos fue falaz o no corresponde con la realidad o prácticamente se puede ver enmarcada en una habilidad comercial para que el actor se trasladara de régimen.

Indica que si bien, se le informó al actor que su mesada pensional dependería de los aportes y de las cotizaciones voluntarias, al respecto también es importante precisar que al actor nunca se le informó sobre la incidencia de los aportes voluntarios efectuados en materia pensional, sino que esta figura fue vendida por el tema tributario, tan es así, que el sí

informa al despacho que él hace uso del aporte voluntario efectuado vencido el término que tenía para hacer uso y afrontar las necesidades que estaba presentando entonces cual es el tiempo de vencimiento; que realmente no se le informó sobre la importancia del aporte voluntario en materia pensional; que al actor si se le informó sobre la importancia del aporte voluntario en materia tributaria, pero no se le informó en materia pensional, tan es así, que en su solicitud de vinculación informa que ese aporte voluntario lo hace para inversión, por consiguiente, no se dejó plasmado ni siquiera de manera documental que se le haya dicho o informado la incidencia que este ahorro representaría a su mesada pensional, es decir, que se le hubiese dicho: señor Julián Salcedo esos 60 millones de pesos que usted está entregando en el día de hoy van hacer la diferencia en su mesada pensional incrementándola versus a la mesada pensional que usted pudiese tener en el régimen de prima media, es decir, si usted en el RPMPD va a tener 3 salarios mínimos de pensión con este aporte voluntario que usted acaba de hacer se traduce en 5 salarios mínimos, por consiguiente de eso no quedó estipulado ni escrito en ninguna parte, pero si hay pruebas con el interrogatorio de parte y con la documental allegada por porvenir al presente proceso que al actor se le informó y se le asesoró sobre los aportes voluntarios en materia tributaria siendo esta una habilidad comercial de los promotores que emplean las administradoras de pensiones para captar afiliados y vender parte del portafolio que estos fondos tienen, así mismo es importante honorables magistrados traer a colación que estos no son los únicos requisitos que tiene el RAIS.

Que es importante precisar que también la sentencia SL 1458 del 2019 informa que el actor debía conocer los riesgos y las eventuales pérdidas en materia pensional en las cuales se puede ver inmerso por el traslado de régimen de lo cual no hay prueba alguna documental no hay referencia ni siquiera en el interrogatorio de parte y no se puede dejar de lado que el actor al 05 de mayo de 1994 contaba con 626 semana cotizadas, es decir, que prácticamente le hacían falta 100 semanas y un poquito más para poder tener derecho a un régimen de transición; que realmente nunca se le indago si el actor inició a cotizar antes, si tendría una pérdida de estas semanas o le hacían falta semanas para tener derecho a un régimen de transición; que esas 626 semanas no pueden ser no tenidas en cuenta en el presente

proceso teniendo en cuenta que era bastante la fidelidad que tenía el actor en el RPMPD; que la CSJ ha indicado que los traslados de régimen con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 debían tener un tiempo de permanencia mínima de 3 años que fue lo que dispuso el legislador, es decir, que a partir del 01 de abril de 1994 hasta contados los 3 años de permanencia todas las vinculaciones que se hicieron antes de ese período se darían por ilegales; que teniendo en cuenta que sería una violación a los términos de permanencia es importante resaltar que el actor se trasladó de régimen el 05 de mayo de 1994 y que era un cotizante activo tenía una vinculación directa y que según la ley 100 de 1993 art. 11 dispuso que quienes al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados al ISS podían continuar en ese instituto sin que fuera necesario el diligenciamiento de un formulario o comunicación de la cual conste su vinculación por lo que en ese orden de ideas el actor queda válidamente afiliado y podía trasladarse a partir del 01 de abril de 1997.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor Julián Salcedo Benavides, se circunscribe a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en el año 1994 (fl.24 archivo 014. 2021-042 CONTESTACION PORVENIR) y, posteriormente en el año 2009 a la AFP PROVENIR (fl. 35 archivo 001.DEMANDA), entidad ésta última en la que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es, que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvaguardar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Julián Salcedo Benavides, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la

demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

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

formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.

Y es que contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia, el demandante en ningún momento confesó haber recibido la información en los términos señalados por nuestra CSJ, pues al escuchar el interrogatorio de parte que absolvió el señor Julián Salcedo Benavides y la demanda interpuesta, se evidencia que lo único que manifestó que se le informó al momento de su traslado en el año 1994 fue que el Seguro Social se iba acabar, que al Seguro Social no podía sostenerlo el gobierno por lo que iba a entrar en liquidación, que era más conveniente pasarse al RAIS, que iba a tener un ahorro individual más unos rendimientos, que su mesada sería mejor a la que tendría derecho en el RPMPD, que hizo aportes voluntarios por obtener un beneficio tributario, que podía acceder a una pensión anticipada pero no le explicaron cómo lo podría hacer y que, sus aportes serían heredables; lo cual no es suficiente para entender que al demandante se le brindara la información necesaria al momento del traslado, pues nótese que nada se le dijo sobre las características y diferencias de cada régimen, ni que necesitaba para pensionarse en cada uno de ellos, ni tampoco si

existía alguna desventaja al trasladarse de régimen, ni siquiera se observa que se le haya estudiado su situación particular, por lo que no puede entenderse que la AFP COLFONDOS cumplió con su obligación de brindar una asesoría al demandante al momento del traslado al RAIS.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que en este caso COLFONDOS ni siquiera allegó el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1994.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como ya se dijo, pues únicamente reiteró lo expuesto en el libelo inicial.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado.*

Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994,** resulta forzoso concluir que a la promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el señor Julián Salcedo Benavides a la AFP COLFONDOS, ordenándole a esta, efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual de la demandante a órdenes de Colpensiones, junto con rendimientos y dineros descontados de su cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Señalando además respecto de los gastos de administración, que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que el demandante **Julián Salcedo Benavidez**, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual en el año 1994 a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y los posteriores traslados horizontales, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado el demandante **Julián Salcedo Benavides**, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración. Igualmente, ordenar a

la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas a título de gastos de administración durante la afiliación del actor.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de las demandadas.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE: LUZ STELLA SALAZAR

DEMANDADO: CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION

RADICADO: 1100122050-00-2022-01003-01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

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

S E N T E N C I A:

Resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 01 de febrero de 2022, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda y ordenó a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION, reembolsar a la actora la suma de CINCO MILLONES SETESCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE M/CTE ($5’738.267=). (fls. 97 a 109)

ANTECEDENTES

La señora LUZ STELLA SALAZAR instauró demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se ordene a la EPS CAFESALUD el reconocimiento y pago de la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL PESOS MCTE ($7’538.267); que corresponde a los gastos en que incurrió por concepto de la atención de urgencias. (fl. 4)

Como fundamento de sus pretensiones expuso que pertenece al régimen contributivo; que desde hace 6 años es atendida en CAFESALUD EPS; que en octubre del 2016 solicitó un traslado a la EPS SANITAS, pero se retractó de esto por lo que informó su decisión de retractarse de manera oportuna; que hace doble aporte a la EPS ya que es pensionada labora por prestación

de servicios; que tiene como beneficiarios a sus progenitores; que el 22 de diciembre de 2016 se le diagnosticó a su progenitora CARCINOMA ESCAMOCELULAR Y POSITIVO PARA MALIGNIDAD EN GLANDULA MAMARIA, por lo que se le da una incapacidad médica de 10 días y se envía con carácter URGENTE a cirugía plástica oncológica para resección de hueso comprometido y reconstrucción nasal; que su progenitora tiene derecho preferente por ser de la tercera edad; que se le venían haciendo dos tratamientos para el CARCINOMA ESCAMOCELULAR Y POSITIVO PARA MALIGNIDAD EN GLANDULA MAMARIA la cual se le venía realizando por la EPS CAFESALUD; que dicho tratamiento fue interrumpido de manera abusiva por la EPS; que la EPS CAFESALUD ha negado el servicio y al reclamar el motivo aduce que el estado de afiliación es inactivo pese a que ha recibido los aportes realizados; que su progenitora tiene un estado delicado y la suspensión del tratamiento la mantiene en permanente zozobra; que la negligencia de la EPS afecta los derechos fundamentales a la vida, a salud, seguridad social y debido proceso; que se interpuso una acción de tutela para salvaguardar los derechos fundamentales de su progenitora; que el 05 de enero de 2017 el Juzgado Primero Penal Municipal profirió sentencia tutelando los derechos fundamentales de su progenitora y ordenó a CAFESALUD EPS que autorice y garantice de manera efectiva la realización del procedimiento de cirugía plástica oncológica para resección de hueso comprometido, reconstrucción nasal e igualmente el tratamiento para glándulas mamarias y demás tratamientos que requiera la paciente y sean prescritos por el médico tratante; que debido a que CAFESALUD EPS no dio cumplimiento a la acción de tutela fue necesario interponer incidente de desacato y se interpuso queja ante la Superintendencia de Salud para que fuera garante de la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la EPS; que se requirió telefónicamente a CAFESALUD EPS para que autorizara e hiciera las respectivas intervenciones a lo que manifestaron que aún se encontraba inactiva y por tanto no se podía hacer nada; que ante la preocupación e inminente peligro a la salud y a la vida de su progenitora se decidió realizar los procedimientos de urgencia particularmente; que el 18 de enero de 2017 y debido a que era de urgencia la cirugía de resección de tumor maligno y reconstrucción nasal se realiza la intervención en el centro Imbanaco de Cali; que dicha intervención tuvo un costo de $5’104.547; que el 02 de febrero de 2017 se realiza la solicitud de reembolso según lo estipula el artículo 14 de la resolución 5261 del

Ministerio de Salud; que el 13 de febrero de 2017 y debido a que era de urgencia la cirugía plástica se realiza la intervención en PLASTIKOS CIRUJANOS la cual tuvo un costo de $933.720; que el 28 de febrero de 2017 se solicitó el reembolso; que por concepto de viáticos y transporte de los días 22 y 26 de diciembre de 2016 y 02, 04 y 06 de enero de 2017 por la suma de $1’500.000; que el 28 de marzo del 2017 se interpuso acción de tutela con el fin de proteger el derecho fundamental de petición; que el 10 de abril del 2017 CAFESALUD EPS niega la solicitud de reembolso. (fls. 1 a 3)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada CAFESALUD EPS contestó la demanda señalando que no procede el reembolso de la suma de $7’538.267 en razón al incumplimiento de los requisitos exigidos en la Resolución 5261 de 1994. Propuso como excepciones las de ausencia de cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso, la factura de venta no cumple con los requisitos legales, el caso de la paciente no es una urgencia vital, la IPS non solicitó autorización para la atención de la urgencia, los recursos de la salud tienen una destinación especifica y la genérica. (CD fl. 87)

DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 01 de febrero de 2022, ordenó a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION, pagar la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL PESOS MCTE ($7’538.267); que corresponde a los gastos en que incurrió por concepto de la atención de urgencias. (fls. 97 a 109)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de CAFESALUD EPS, interpuso recurso de apelación, argumentando que no se encuentra obligada a

reconocer el pago de aquellos reembolsos por concepto de servicios de salud que no fueron autorizados ni suministrados por sus prestadores. Que, cuando el usuario no hace uso de los servicios ofrecidos por la EPS y en su lugar decide acudir a una institución o a un médico particular, los costos generados para atender dicha atención deben ser asumidos con su propio peculio. Que la solicitud hecha por la convocante no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994. Que en el presente caso, el solicitante en ningún momento prueba la incapacidad de imposibilidad, negativa injustificada o negligencia por parte de la EPS. Que Cafesalud EPS S.A., en aras de garantizar la oportuna prestación del servicio, durante su afiliación emitió las autorizaciones de servicios a nombre de la señora AMPARO AGUIRRE QUINTERO, para el tratamiento de su patología, ofreciendo además una red prestadora de servicios con altos estándares de calidad. Que una vez verificados cada uno de los valores deprecados por el solicitante, únicamente se reporta APROBACIÓN de la solicitud de reembolso con número de radicación 91059 del 15 de mayo del 2017, respecto de la factura UQ UQ26326 por valor de $633.720 con nota de auditoría VB PARA PAGO DE CONSULTA ESPECIALIZADA A TARIFA SOAT. Que el demándate no aportó al expediente material probatorio con el cual se pueda inferir que la EPS fue renuente para autorizar el servicio solicitado por el afiliado, razón por la cual se deben negar las pretensiones. Que en el presente caso el paciente de forma voluntaria y premeditada no asiste a la red prestadora de Cafesalud EPS, y decide acudir a otra IPS, de manera particular, por lo que se puede concluir que se trataba de una atención ambulatoria, y no de una urgencia vital. Que en el evento de acogerse la tesis de la solicitante de que la atención era una urgencia, es claro que no se acredita en el expediente que la IPS donde fue atendido cumpliera con la obligación jurídica de informar a la EPS de los servicios que se suministraron para la atención de la urgencia. Que si se revisa con detenimiento los documentos aportados por el demandante, se tiene que las presuntas facturas aportadas, correspondientes a los gastos por atención de urgencias en la IPS Clínica de Ojos, no cumplen los requisitos establecidos en el artículo 617 Estatuto Tributario.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) *"el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*".

A su turno, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, dispone:

> *"RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto***."***

Ahora bien, en el presente caso se encuentra probado que ante la negativa de la EPS CAFESALUD de realizar el tratamiento médico que requería la señora Amparo Aguirre Quintero, fue necesaria la intervención constitucional, ordenándose mediante fallo de tutela del 06 de enero de 2017 que la EPS accionada autorizara y garantizara de manera efectiva la

realización del procedimiento cirugía plástica oncológica para resección de hueso comprometido, la reconstrucción nasal e igualmente el tratamiento para las glándulas mamarias y demás tratamientos que requiera la paciente y que sean prescritos por el médico tratante. También se evidencia que pese a dicha orden y ante la renuencia de la EPS CAFESALUD fue necesario adelantar el correspondiente incidente de desacato, por tanto, es claro que no es que la señora Aguirre Quintero haya decidió voluntariamente acudir a un médico particular, como lo manifiesta la EPS CAFESALUD en su recurso, sino que se vio obligada ante la negativa injustificada por parte de su EPS.

Siendo necesario precisar, que quien debía probar que efectivamente autorizó los servicios y procedimientos necesarios por la señora Aguirre Quintero conforme se le había ordenado mediante fallo judicial era la EPS accionada y no lo hizo.

Tampoco le asiste razón a la EPS CAFESALUD cuando señala que el procedimiento requerido por la señora Aguirre Quintero no correspondía a una urgencia, pues contrario a su dicho el médico oncólogo que la atendió señala como se observa a folio 11 que el diagnóstico es CARCINOMA ESCAMOCELULAR y que **se requiere con urgencia** una cirugía plástica oncológica para resección del hueso comprometido, por lo que es claro que si se trataba de una urgencia.

Tampoco es de recibo el dicho de la EPS en el que indica que la factura aportada por la demándate de la “IOS clínica de ojo” no cumple con los requisitos establecidos, como quiera que en el presente caso, no se está cobrando ninguna factura de la clínica de ojos sino una factura del Centro médico Imbanaco de Cali S.A. por tanto dicha inconformidad no corresponde al presente proceso y no se hará ningún pronunciamiento.

Virtud de lo dicho no queda otro camino que confirmar la decisión impartida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de febrero del 2022 por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA para la FUNCIÓN JURISDICCIONAL y de CONCILIACIÓN, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO EJECUTIVO No. 31-2021-00027-01
ASUNTO: APELACIÓN AUTO EJECUTIVO
DEMANDANTE: JORGE CADENA HERNÁNDEZ
DEMANDADO: JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión y los alegatos presentados por ambas partes, se procede a dictar la siguiente providencia:

ANTECEDENTES

El señor JORGE CADENA HERNÁNDEZ instauró demanda ejecutiva en contra de JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ MARTÍNEZ a continuación del proceso ordinario. (Archivo "004- SOLCIITUD EJECUTIVO")

Mediante auto del 22 de febrero del 2021 el fallador de primera instancia libró mandamiento de pago en contra de JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ MARTÍNEZ por los siguientes conceptos:

> *"a) Por concepto de las cesantías: $385.346*
> *b) Por concepto de intereses a las cesantías: $21.707*
> *c)Por concepto de la prima de servicios: $385.346*
> *d)Por concepto de vacaciones: $173.158*
> *e) Al pago de aportes al sistema de seguridad social integral, por los periodos comprendidos entre el 01 de abril de 2017*

al 19 de julio de 2017, tomando como salario base de cotización el salario mínimo legal mensual vigente.
f) Al pago de la indemnización moratoria esto es la suma de $24.590 diarios a partir del 01 de enero de 2018 y hasta que se realice el pago total de la obligación.
g) Por concepto de costas y agencias en derecho liquidadas y aprobadas la suma de $434.083
Sobre las costas que se generen en la presente acción, se resolverá en el momento procesal oportuno."

El señor JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ MARTÍNEZ contestó la demanda proponiendo como excepción la de nulidad absoluta por indebida notificación. Fundamentó la excepción señalando que no se realizó en debida forma la notificación del auto admisorio dentro del proceso ordinario laboral. (Archivo "033. excepción de nulidad").

AUTO APELADO

El *A quo* en Audiencia Pública Especial de que trata el artículo 443 del C.G. del P. celebrada el 17 de mayo del 2022 resolvió las excepciones al mandamiento de pago formuladas por la ejecutada, de la siguiente forma:

***"PRIMERO: DECLARAR** no probada la excepción de nulidad por indebida notificación alegada por la parte ejecutada.*

***SEGUNDO: ORDENAR** seguir adelante con la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones descrita en el numeral primero del auto que libró mandamiento de pago.*

***TERCERO: PRACTICAR** la liquidación del crédito, para lo cual las partes han de proceder de conformidad a lo dispuesto en el artículo 446 del C.G.P y de esta forma continuar con el tramite del proceso ejecutivo.*

***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** a la ejecutada. Por secretaría en oportunidad procesal practíquese la liquidación de costas de esta*

instancia, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de $ 700.000 pesos.

***QUINTO: REQUERIR** a la parte ejecutante para que allegue un certificado reciente de tradición y libertad del inmueble identificado con matrícula No. 50C-196166"*

Fundamentó su decisión en que para resolver la excepción planteada se considera de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C. G. del P. el cual consagra las circunstancias que dan origen a la nulidad procesal. Que una vez revisadas las actuaciones correspondientes al proceso ordinario que sirve de base de la ejecución se evidencia que el 09 de abril del año 2019 se envió con destino al demandado el citatorio descrito en el artículo 191 del C. G. del P. con el fin de efectuar la notificación de la demanda a la dirección carrera 19 N° 39-31 barrio la soledad siendo entregado por parte de la empresa Interrapidísimo al señor Iván Sabogal el 10 de abril del año 2019 certificando que con lo anterior se confirma que el destinatario vive o labora en este lugar; situación que se repitió el 26 de abril del 2019 al momento de enviar el aviso correspondiente al artículo 29 del C. P. del T. y de la S. S. obteniendo como resultado que en efecto la persona a notificar si vivía o laboraba en la dirección reportada la cual correspondió a la carrera 19 N° 39-31 barrio la soledad dirección anterior a la que también le fue enviado el 19 de julio del 2018 por parte del demandante la citación correspondiente al Ministerio del Trabajo con el fin de adelantar la audiencia de conciliación; envío que también resulto positivo según lo informado por la empresa Interrapidísimo dice cabe aclarar que dicha dirección fue suministrada directamente por la parte demandante con fundamento al hecho tercero de la demanda el cual indicó el sitio de trabajo fue la carrera 19 N° 39-31 barrio la soledad por lo cual la circunstancia que en el acápite de la demanda se hubiere señalado como dirección de notificación del demandante la carrera 19 N° 39-31 barrio la soledad respondió a un error de digitación en la demanda pues resulta convencible que el demandante efectúe la notificación de la demanda en su propia dirección además manifieste desconocer su propio correo electrónico y número de teléfono. Ahora bien, si lo anterior no fuera suficiente para determinar que la

dirección a la que se enviaron las notificaciones corresponde al señor José Alberto González Martínez debe señalarse que en el expediente obra certificación del 16 de febrero del año 2022 suscrita por la Dra Vanny Sarmiento Vanegas Coordinadora de Gestión de Afiliación de la EPS Sanitas en donde indica que la dirección del ejecutado corresponde a la carrera 19 N° 39-31 en igual sentido y utilizada la herramienta facilitada por el Consejo Superior de la Judicatura RUES se consultó la cédula correspondiente al ejecutado encontrando que en la actualidad es propietario del establecimiento de comercio denominado "Lazos inmobiliarios" cuya matrícula mercantil fue renovada el 10 de febrero de 2022 apareciendo como dirección comercial carrera 19 N° 39-31 por lo cual el Juzgado tiene certeza que en efecto esa dirección si le corresponde al ejecutado José Alberto González Martínez, en consecuencia, es claro que la notificación del auto admisorio de la demanda dentro del proceso ordinario laboral que sirve de base de la presente ejecución se realizó en debida forma a la dirección que corresponde al ejecutado por tanto al no comparecer al llamado efectuado por el juzgado que debía nombrársele curador adlitem como en efecto sucedió bajo los anteriores argumentos la nulidad propuesta no puede prosperar

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la ejecutada interpuso recurso de apelación señalando lo siguiente: "teniendo en cuenta que mi poderdante en ningún momento ha recibido la notificación por parte del Despacho, si bien es cierto, las notificaciones se enviaron a la dirección que se presentó en el petitorio de la demanda estas no fueron de conocimiento por parte de mi representado; él tuvo conocimiento de una citación en el Ministerio del Trabajo pero cuando se presentó al Ministerio del Trabajo dijeron que él tenía que esperar a que le llegara algún tipo de notificación del ejecutante que en este proceso está representado por el Doctor Carlos Zuluaga. Adicionalmente, el señor que está representado por el señor Zuluaga si bien es cierto trabajo para el señor González el trabajo con un contrato de

prestación de servicios porque cuando se vinculó a trabajar con el señor José González estaba próximo a pensionarse y él le estaba solicitando a mi representado que por favor lo dejara trabajar los siguientes 6 meses que era el tiempo que le faltaba para obtener la pensión por ese motivo era que mi representado no le estaba pagando prestaciones sociales ni ningún tipo de prestación porque el señor accionante lo estaba pagando para poder obtener su pensión. También es claro que en la audiencia inicial es claro que los testigos que se presentaron no eran congruentes con los argumentos que dieron porque los hechos de los cuales ellos estaban dando fe estaban en fechas posteriores a las fechas en que se presentaron los hechos. Entonces, solicito señora Juez con todo respeto se tenga en cuenta que mi representado el señor González actúo de buena fe y contrato con un vínculo de prestación de servicios a la accionante para que este se pudiera pensionar y adicional a eso si bien es cierto que el señor laboró durante un tiempo en las instalaciones de José González lo hizo buscando obtener la pensión. También le solicito señora Juez se tenga en cuenta que en el petitorio de la demanda se está diciendo que el señor Jorge se accidentó en uno de los baños y por ese accidente fue que finalmente tuvo que retirarse del trabajo cosa que no es cierta porque al momento que se hizo el acuerdo con el señor José González ya se sabía de su malestar en la pierna porque él le había contado y aparte de eso en la epicrisis que adjunta el Dr. Carlos Zuluaga como prueba dentro del proceso está claro que hay un diagnóstico médico con fecha previa en la que describe cual es la patología que padece el señor entonces con base en esos argumentos solicito señora Juez se me conceda el recurso de reposición y en subsidio apelación.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que convoca la atención de la Sala consiste en determinar ¿si acertó la falladora de primera instancia al declarar **no** probada la excepción de nulidad por indebida notificación presentada por el ejecutado?

Teniendo en cuenta los antecedentes anteriormente descritos, se evidencia que en el caso objeto de estudio y desde ya lo advierte la Sala, que acertó la falladora de primera instancia cuando declaró no probada la excepción de nulidad por indebida notificación, conclusión a la que se llega no sin antes hacer algunas precisiones.

El presente proceso se trata de un ejecutivo a continuación de un proceso ordinario, en el cual el título es la sentencia que se profirió dentro del proceso ordinario, por tanto, debemos remitirnos por disposición expresa del artículo 145 del C. P. del T. y de la S. S. al artículo 442 del C. G. del P. el cual establece:

> ***"ARTÍCULO 442. EXCEPCIONES.*** *La formulación de excepciones se someterá a las siguientes reglas:*
> *1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo el demandado podrá proponer excepciones de mérito. Deberá expresar los hechos en que se funden las excepciones propuestas y acompañar las pruebas relacionadas con ellas.*
> ***2. Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.***
> *3. El beneficio de excusión y los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago. De prosperar alguna que no implique terminación del proceso el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso continúe o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y perjuicios.*

Conforme a lo anterior, es claro que entre las excepciones que podía proponer el ejecutado se encontraba la de nulidad por indebida notificación, sin embargo, esta no esta llamada a prosperar, tal y como lo explicó la falladora de primera instancia. Siendo necesario precisar que la única inconformidad frente a esta decisión por parte del ejecutado radica en que según su dicho el ejecutado nunca recibió por parte del Despacho una notificación, insistiendo en que el ejecutado no tuvo conocimiento de ninguna notificación.

Lo primero que debe resaltar la Sala es que en el recurso de apelación no se desconoce por la parte ejecutada que la dirección de notificación del señor José Alberto González Martínez efectivamente es la carrera 19 N° 39-31 barrio la soledad. Y una vez revisado el trámite de notificación adelantado dentro del proceso ordinario laboral se evidencia, contrario a lo dicho por el apelante, que el señor José Alberto González Martínez recibió el citatorio y el aviso en la carrera 19 N° 39-31 barrio la soledad. Adicionalmente, conforme lo certifica la empresa de correo certificado tanto la citación como el aviso fueron recibidas satisfactoriamente y, además se evidencia que ante la no comparecencia del demandado el fallador de primera instancia ordenó su emplazamiento y le designó curador ad litem mediante auto del 16 de mayo del 2019 el cual se notificó personalmente el 10 de julio de 2019. Por tanto, es claro que la notificación se realizó en debida forma.

Ahora, en cuanto a sus argumentos referentes a que el actor laboró para el señor González Martínez mediante contrato de prestación de servicios, las razones por las cuales el demandado no pagó a su trabajador las prestaciones sociales y su inconformidad frente a la valoración de los testigos, no se hará ningún pronunciamiento, como quiera que nada tienen que ver con la excepción de nulidad por indebida notificación que es la que se presentó en este caso. Y conforme ya se dijo el artículo 442 estableció cuales eran las excepciones que podían proponerse en los procesos ejecutivos que se adelantaran a continuación del proceso ordinario, no pudiendo debatirse nuevamente si hay lugar a impartir condena o no al demandado como quiera que en los procesos ejecutivos, sólo se persigue la efectividad del derecho reconocido o declarado en favor de una de las

partes; convirtiéndose así la sentencia proferida dentro del proceso ordinario en el título ejecutivo que sirve de base de la presente ejecución.

En consecuencia, es claro que acertó la falladora de primera instancia al DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCION DE NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACION.

En mérito de lo expuesto esta Sala de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Sin costas en la instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 12-2020-194-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: DUNNIA IVETTE SAAB
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Paula Huertas Borda, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones, Porvenir y Colfondos S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de marzo de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir S.A., Colpensiones y

la parte demandante, esta última solicita, se confirme la sentencia de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora DUNNIA IVETTE SAAB por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al RAIS en noviembre de 1998 ante Porvenir S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe que la indujo a error y vició su consentimiento, peticiona igualmente se declare nulo o ineficaz su afiliación a Colfondos S.A., que hiciera en el año 2004 y el que realizara en el 2013 a Skandia Pensiones y Cesantías, ordenándole a esta última trasladar al RPM todos los valores que hubiera recibido como consecuencia de su afiliación, ordenando a Colpensiones tenerla como su afiliada sin solución de continuidad.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre el 22 de enero de 1987 al 30 de octubre de 1998, estuvo afiliada al ISS para los riesgos de IVM, que para esta última data contaba con 579 semanas de cotización y en septiembre de dicha anualidad en su sitio de trabajo, se presentaron los asesores de Porvenir S.A., quienes le aseguraron que el ISS se iba a acabar y perdería sus cotizaciones, que tendría mayores rendimientos pensionales, podría alcanzar derecho pensional a la edad que quisiera, que no le indicó que tendría derecho de retractarse de su afiliación al RAIS y por tales afirmaciones decidió afiliarse a dicho régimen, que en el 2004 se trasladó a la AFP Colfondos S.A. y en el 2013, a Skandia – Old Mutual, fondos que igualmente la mantuvieron en error al momento de gestionar su traslado, que cuenta con 1658 semanas e cotización a diciembre de 2019.

Refiere que en noviembre de 2019, peticionó ante Colpensiones la declaratoria de nulidad de traslado al RAIS y su retorno al RPM, de igual manera ante Colfondos, Porvenir y Skandia, que esta última realizó simulación pensional,

la que arrojó que a los 57 años, le correspondería una mesada pensional en cuantía de $2.593.000, mientras que en el RPM sería de $4.165.000.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la AFP Colfondos S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, negó los No. 11 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier nulidad alegada, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

SKANDIA AFP, también se opuso a la prosperidad de la mayoría de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 2, 10, 15, 17 y 18 negó el No. 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe y cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación.

La llamada en garantía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., se opuso a la pretensión encaminada a la declaratoria de nulidad, a las demás no se opuso ni se allanó, en cuanto a los hechos, indicó no constarle ninguno de ellos; como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causa petendi por ausencia de objeto social no autorizado por la entidad competente y buena fe.

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 2 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, negó el hecho contenido en numeral 3, negó los No. 4 a 7 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que prescripción buena fe y cobro de lo no debió por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR *la ineficacia de la afiliación realizada por la señora DUNIA IVETTE SAAB GIRALDO identificada con C.C. No 51.689.011 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 1° de noviembre de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
SEGUNDO: DECLARAR *válidamente vinculada a la señora DUNIA IVETTE SAAB GIRALDO al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.*
TERCERO: CONDENAR *a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora DUNIA IVETTE SAAB GIRALDO tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*
CUARTO: CONDENAR *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a estas, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.*
QUINTO: CONDENAR *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y SKANDIA S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora DUNIA IVETTE SAAB GIRALDO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.*
SEXTO: ABSOLVER *a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de la totalidad de las pretensiones del llamamiento en garantía efectuado por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.*
SÉPTIMO: DECLARAR *no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.*
OCTAVO: CONDENAR *en costas de esta instancia a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000 para cada una. En igual sentido se condenará en costas a SKANDIA y a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000.*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

Previo a resolver lo pertinente, debe precisarse que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia, debe abordarse desde

la ineficacia de dicho acto, toda vez que resulta equivocado, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019, entre otras.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 radicado N° 33083, del 3 de septiembre de 2014, radicado N° 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, entre otras, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica per se, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya brindado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que suministraron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legitima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora DUNIA IVETTE SAAB GIRALDO el 22 de septiembre de 1998 (pg. 34 archivo 017. Expediente digital), solicitó el traslado del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., posteriormente el 24 de febrero de 2004 se afilia a COLFONDOS S.A., y el 17 de octubre de 2013 a SKANDIA donde se encuentra en la actualidad conforme puede evidenciarse del historial de vinculaciones (pg. 28 del archivo 008 del expediente digital); efectuando cotizaciones en el RAIS desde noviembre de 1998 a la fecha (pg. 34-39 del archivo 008 del expediente digital). Así mismo, de la historia laboral de COLPENSIONES (Archivo denominado "GRP-SCH-HL" de la carpeta No 012. Del expediente digital), se evidencia que pese a que hubo interrupciones inició sus aportes al ISS desde el 22 de enero de 1987 y cotizó de forma interrumpida del 5 de febrero de 1992 al 2 de noviembre de 1998.

Así mismo, se practicó el interrogatorio de parte a la demandante a instancias de las demandadas, quien manifestó que se afilió a PORVENIR ya que esta fua a la empresa donde trabajaba y en recursos humanos le informaron que iba un fondo nuevo y que todos se tenían que pasar a este porque les iba a generar mejores rendimientos. Expone que le entregaron el formulario diligenciado para que lo firmara el cual no leyó. Aduce que quien le habló de los rendimientos fue la jefe de personal y que el asesor de PORVENIR lo único que le dijo era que si fallecía, su dinero quedaría para su esposo e hijos. Asegura que su afiliación fue libre y que no recibió extractos por parte de dicho fondo. En cuanto a COLFONDOS, indica que se trasladó a esta en 2004, ya que a la compañía llegó un asesor a decirles que PORVENIR se iba a acabar y que allí recibiría mayores rendimientos, sumados a que estaban respaldados por un banco y que en caso de fallecimiento, su familia heredaría, sin que le explicaran algún otro aspecto. Finalmente en lo atinente a SKANDIA, manifiesta que fue una señora a la oficina y le dijo que tendría mayores rendimientos los cuales estarían entre 2 o 3 puntos por encima de las demás AFP. Expone que hasta hace dos años en la empresa donde labora le hablaron de la doble asesoría y que la AFP le enviaba extractos cada 6 meses los cuales no entendía.

Conforme a ello, se tiene que si bien del formulario de afiliación obrante en la página. 34 archivo 017 del expediente digital, se denota que al momento de afiliarse al RAIS, la demandante lo hizo de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la asesoría suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues PORVENIR S.A. estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la

devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otras situaciones.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la accionante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva se reitera, la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A. pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la actora al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

Refuerza lo anterior, el hecho que si bien la demandante se trasladó posteriormente a COLFONDOS y SKANDIA, éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó PORVENIR S.A., pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que a aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación, relacionadas con la asesoría brindada.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que SKANDIA que es la administradora en la que se encuentra en la actualidad, se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de aquella y reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que 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.

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

"Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean

trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada."

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibirlos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, no solo la AFP en la que se encuentra actualmente debe asumir de su propio patrimonio los deterioros sufridos por el bien administrado, en la medida que la accionante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a PORVENIR S.A., sino que también las demás administradoras a las que estuvo afiliada, deben devolver lo relacionado con los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados durante su permanencia en estas; pues es claro que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, todas y cada una de las administradoras del RAIS deben devolver tales rubros, en atención a que durante el tiempo que estuvo afiliada a estas, le fueron descontados dichos conceptos; dineros que, hacen parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan a su favor y que estarán a cargo en su momento, del ente de seguridad social.

Una vez resuelto el litigio en lo correspondiente a la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y las consecuencias del mismo, se hace necesario por parte de este Despacho determinar la responsabilidad de ***MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A*** *al haber sido vinculada dentro del presente proceso como llamada en garantía de la demandada* ***SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.***

A fin de resolver este aspecto de la controversia, se hace necesario precisar que el artículo 64 del CGP define la figura del llamamiento en garantía, así:

"Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación"

En tal sentido, la demandada ***AFP SKANDIA****, argumenta que con la llamada en garantía* ***MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A,*** *celebró un contrato de seguro previsional, cuyo fin era cubrir las sumas adicionales correspondientes a los pagos derivados de los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados. De ahí que solicita que en caso de que sea declarada la ineficacia del traslado de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debe esta aseguradora devolver la prima pagada por el seguro previsional objeto del contrato y que cobijaba los intereses de la afiliada, contenidos precisamente dentro de los gastos de administración.*

Ahora bien, de cara a los argumentos antes expuestos, es menester indicar que sobre los gastos de administración, el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 al definir el monto y distribución de los aportes pensionarles, enseña que:

"En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes."

A su turno, en la sentencia SL 4360 del 9 de octubre 2019, la Corte Suprema de Justicia, explicó que "La declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional trae como consecuencia para el fondo de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad la devolución con cargo a sus propios recursos de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración"

Como se observa, la contratación de los seguros previsionales por parte de las administradoras es una obligación de carácter eminentemente legal, teniendo como fin en sí mismo "efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes" tal y como lo determina el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, de ahí que, resulta improcedente condenar por dicho concepto a una sociedad que no sea una administradora de fondos pensionales en estricto sentido ante la ausencia de la relación sustancial o material que exige el llamamiento en garantía frente a las obligaciones deprecadas, pues estaría contraviniendo lo ya indicado por el órgano de cierre en la decisión en comento, en tanto allí se dijo que es la AFP quien debe efectuar tal devolución sufragada de su propio patrimonio, sumado al hecho que riñe con los principios del contrato de seguros declarar responsable a la llamada en garantía ***MAPFRE*** *sobre una obligación que no se encuentra prevista como un riesgo asegurado de acuerdo al contenido del contrato de aseguramiento allegado como seguro previsional y que fuera suscrito entre las partes.*

En conclusión y por todo lo anterior esbozado, se absolverá a ***MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A*** *de las pretensiones del llamamiento de en garantía.*

Por las resultas del proceso se declararan no probadas las excepciones propuestas en especial la de prescripción, toda vez que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme la decisión recurrió la demandada **Colpensiones** señalando que conforme los lineamientos de la CSJ, para el caso de la demandante se presentaban actos de relacionamiento con los traslados sucesivos de esta dentro del RAIS a distintas AFP, exteriorizándose así la voluntad de la actora de permanecer en este régimen, aunado a ello en el interrogatorio de parte la señora Dunnia había señalado conocer los requisitos mínimos que conllevaba realizar y permanecer en un régimen de pensiones como la rentabilidad de sus aportes y se debía revocar la condena en costas a su cargo ya que había actuado de buena fe y no había asumido una conducta omisiva frente al caso de la demandante ya que había actuado conforme a Ley, teniendo en cuenta que esta impedía aceptar el traslado de la actora teniendo en cuenta la prohibición prevista para el efecto.

Porvenir S.A., recurrió señalando que si bien existía una línea jurisprudencial respecto del deber de información en el traslado de régimen pensional, esta también indicaba que se debían analizar las particularidades concretas de cada caso y frente a la demandante, no se había dado valor a todo el caudal probatorio que daba cuenta que a ella sí se le había brindado una información clara, completa y suficiente para la fecha de su traslado en el año de 1998, y este deber había tenido un desarrollo a través del tiempo, para el año 1998, solo se imponía la obligación de brindar las características esenciales y necesarias del RAIS y la actora en interrogatorio de parte manifestó conocer dichas características y que su voluntad había sido permanecer en el RAIS por cuenta de los rendimientos que le generaban sus aportes en este régimen, no siendo dable que se permita un traslado a un régimen en el que nunca había realizado aportes y aparte de ello, recibiera rendimientos que no se debían contemplar, ya que conforme a la figura de la ineficacia, las cosas debían retornar a su estado anterior y los rendimientos eran privativos del RAIS y si se entendía que ella había permanecido en el RPM no se hubieran generado rendimientos.

Que si bien no había prueba distinta del formulario de afiliación para comprobar el suministro de la información, ello no quería decir que a la actora no se le hubiera dado a conocer las características necesarias para que contara con los elementos de juicio objetivos y decidiera de manera libre trasladarse al RAIS y para la época de su traslado, no estaba esa AFP obligada a dejar soportes de la información brindada.

En cuanto a los gastos de administración y primas de seguro previsional indicó que para la actualidad ya no poseía ninguna suma producto de la afiliación de la actora a esa AFP, ya que todos había sido trasladados a la siguiente AFP a la que se afilió, igualmente tales descuentos estaban autorizados por la Ley y tal condena desconocía la correcta gestión de los aportes de la demandante, que la Superintendencia Financiera había señalado que los únicos conceptos a devolver en caso de ineficacia de traslado eran las cotizaciones y rendimientos. Refirió que no se le había

dado valor probatorio a los actos de relacionamiento que habían tenido lugar para este caso, ya que la demandante tuvo la oportunidad de ampliar la información respecto de su traslado y no lo hizo.

Colfondos S.A., recurrió señalando que no era procedente la devolución de gastos de administración y primas de seguro indexada, ya que conforme la gestión de esa AFP de los aportes de la demandante, se habían generado unos rendimientos, sin que se evidenciara ningún perjuicio, que estas sumas no estaban en su poder porque se destinaban a adquirir una póliza de seguro previsional y se trasladaba un porcentaje al fondo de solidaridad, dicho traslado conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa, que la indexación de dichos gastos se tornaría como una condena en perjuicios y no se había probado la existencia de los mismos, que esa AFP siempre actuó de buena fe.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos, se tiene que lo pretendido por la señora DUNNIA SAAB, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 22 de septiembre de 1998 y que fuera allegado por esa AFP al plenario digital, quedando probada la existencia de los traslados dentro del régimen en mención que efectuara con posterioridad a Colfondos S.A. y Skandia S.A.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado, si bien se alega la nulidad del traslado de régimen de la demandante, lo cierto es que se peticiona tal declaratoria por omisión en el deber de información en que incurrió la AFP que promovió dicho traslado, por lo que lo pretendido se estudia bajo la óptica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre

de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos y contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo indicado por Porvenir S.A., en recurso y alegaciones, ninguna de ellas da cuenta

respecto que le hubiera brindado a la señora Dunnia Saab información alguna o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** proveniente del RPM al RAIS en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que esta demandada, faltó al deber de información pues debió indicarle a la demandante en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, de lo que igualmente se concluye que contrario a lo señalado por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., en su recurso y alegaciones, el traslado de la demandante, no puede considerarse libre y voluntario al se itera, no haber estado precedido de la suficiente información al respecto.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*
>
> *(ii)* ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna.***

Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se concluye que contrario a lo señalado por la recurrente Porvenir S.A., **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información en los términos antes señalados y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, arribando luego de efectuar dicho estudio la decisión de primer grado a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio para el caso particular de la demandante, la que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, deber que contrario a lo indicado por esa AFP también en alegaciones, no surgió con posterioridad a la afiliación de la actora al RAIS y tampoco se puede tener por demostrado con las declaraciones de esta al rendir interrogatorio de parte como lo solicitan Colpensiones y Porvenir S.A., ya que sólo manifestó conocer algunas circunstancias beneficiosas del RAIS, más no las particularidades que podían afectar su situación pensional.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Porvenir S.A., la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, ello no es óbice para que pueda adelantar la acción judicial bajo estudio por falta del deber de información, ante su carácter de imprescriptible.

En cuanto al traslado de recursos ordenado en decisión de primer grado y que es objeto de reproche por las AFP Porvenir y Colfondos S.A., tal decisión

no será objeto de modificación, pues resulta procedente como lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ, entre otras en sentencia SL3156 del 29 de junio de 2022, M.P. Iván Mauricio Lenis; oportunidad en que indicó:

> *Ahora, dado que la ineficacia implica que para todos los efectos legales la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD, la Sala también modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que Porvenir S.A.,* ***además de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados*** *y con cargo a sus propios recursos. (Negrilla fuera del texto original).*

Al respecto, el concepto a que alude Porvenir S.A., en recurso, no resulta vinculante a esta Corporación, como quiera que tal carácter únicamente lo ostentan las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia como organismo de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Respecto a los actos de relacionamiento a que aluden las recurrentes Porvenir y Colpensiones, se tiene que contrario a lo manifestado por estas, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sanea la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto

con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Tampoco se modificará la condena en costas impuesta en primer grado, pues conforme las previsiones del artículo 365 del CGP, estas corren a cargo de la parte vencida en el proceso como también lo fue Colpensiones.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la sentencia de primer grado en cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia consultada.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las

reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en la alzada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 14-2019-220-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BERTHA CECILIA JULIO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 3 de febrero de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de Porvenir S.A. y la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora BERTHA CECILIA JULIO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de traslado de régimen pensional por vicio en su consentimiento y que fuera realizado el 1 de octubre de 1999, a Porvenir S.A., ya que esta AFP, incumplió con su deber de información, de igual manera peticiona se declare la nulidad del traslado que efectuara de Porvenir S.A. a Colfondos el 1 de octubre de

2013, ordenando a estas realizar las acciones pertinentes para anular dichos traslados y a Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren depositados en su CAI y a esta última a recibirlos y a tenerla como afiliada sin solución de continuidad actualizando su historia laboral. (fl. 44).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al sistema pensional el 20 de abril de 1981 por intermedio del ISS, Instituto al que estuvo afiliada hasta el 1 de octubre de 1999, cuando decidió trasladarse a Porvenir S.A., por cuenta de los ofrecimientos que le hicieron los asesores de dicha AFP quienes indica, omitieron darle toda la información suficiente respecto de las ventajas y desventajas de dicha decisión y la repercusión que esta tendría en sus condiciones pensionales, que le indicaron que se pensionaría a la edad que deseara, no le informaron sobre el año de gracia para retornar al RPM, como tampoco sobre la posibilidad de regresar a este cuando le faltaran menos de 10 años para llegar a la edad pensional, no se le puso de presente proyección pensional alguna que le permitiera conocer cuál sería el valor de su mesada pensional en el RAIS.

Afirma que en enero de 2019 Colfondos S.A., realizó proyección pensional en la que evidenció el engaño sufrido con el traslado de régimen desinformado, ya que reveló que a los 58 años en el RAIS su mesada pensional sería de $859.000, mientras que, en el RPM, sería de $3.511.381, que el último salario por ella devengado era de $4.607.000, existiendo una diferencia de más de 2 millones de pesos en ambos regímenes, que en el 2018 solicitó traslado de régimen ante Colpensiones y este le fue negado. (fls. 45 a 47).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, manifestó no constarle los 1, 2, 10 a 12 y 14 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fl. 121).

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 2 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción. (fl. 139).

COLFONDOS S.A., manifestó no oponerse a la prosperidad de las pretensiones. (fl. 92)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del acto de traslado efectuado por la demandante al RAIS a través de Porvenir S.A., y ordenó a Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, los que también ordenó trasladar a Porvenir, declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo. (fl.228).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que no había ofrecido discusión que la demandante había nacido el 20 de julio de 1961, por lo que a 1 de abril de 1994, no contaba con 35 años aunado a ello, tampoco acreditaba haber cotizado a dicha data 750 semanas, que también se había quedado acreditado que el 10 de agosto de 1999, suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por Porvenir S.A., AFP en la permaneció hasta el 13 de septiembre de 2013, data para la cual, se produce traslado a Colfondos S.A. Que ese despacho frente a la ineficacia de traslado de régimen pensional venía acogiendo la sólida línea jurisprudencial emanada al respecto por la H. Corte Suprema de Justicia, según la cual, se generaba la ineficacia ante el incumplimiento del deber de información o entrega de la misma de

manera deficitaria por parte de la AFP la afiliado, la que debía tener lugar con antelación al acto de traslado de manera clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas, deber que no operaba únicamente respecto de los afiliados que tuvieren un derecho consolidado, un beneficio transicional o una expectativa legítima, correspondiéndole a las AFP probar el suministro de la información en los términos indicados, por cuanto si el afiliado indicaba que no la había recibido, tal afirmación correspondía a un supuesto negativo indefinido que correspondía desvirtuar a la AFP demostrando el hecho contrario y sin que a ese efecto resultara determinante la sola suscripción del formulario de afiliación y la afirmación allí contenida de ser el traslado libre y voluntario, ya que estos daban por demostrado un consentimiento libre de vicios más no informado.

Que dicho deber bajo estudio existía desde la creación de la expedición de la Ley 100 de 1993 y a partir de la expedición de la Ley 1328 de 2009, se extendió tal obligación al deber del buen consejo en su situación particular y el con el Decreto 2071 de 2015, se había establecido el derecho de doble asesoría, de manera que conforme el carácter vinculante de dicha línea jurisprudencial, acogía tal precedente; que frente al caso de la demandante, atendiendo el momento histórico en que había tenido lugar el traslado, esto es, el año 1999, la AFP Porvenir S.A., no había allegado ningún elemento idóneo de convicción en ánimo de desvirtuar los hechos aducidos por la demandante, ya que del interrogatorio practicado a esta, no había obtenido confesión alguna de la que pudiera beneficiarse, por el contrario la actora ratificó las omisiones en que incurrió la AFP al momento de promover su afiliación, oportunidad en la que le indicaron que el ISS se iba a acabar y que en dicho fondo se pensionarían con el último salario que estuviesen devengando, sin que se le explicara cómo se lograba tal cometido.

Indicó que por lo anterior, la asesoría había sido deficiente o nula, al no suministrársele a la demandante la información en los términos indicados por la línea jurisprudencial aplicable, omisión que le impidió a la señora Bertha conocer las reales incidencias del acto de traslado, lo que determinaba la procedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS realizado por

la demandante, la que conllevaba que ningún efecto había surtido el mismo y siempre había estado afiliada al RPM, declaración que imponía ordenar a Colfondos trasladar a Colpensiones todos los saldos depositados en la CAI de la actora, junto con rendimientos y sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, los que también debían ser objeto de traslado por parte de Porvenir S.A., como lo había indicado la CSJ, no afectándose por ello la sostenibilidad financiera del RPM la ordenarse el traslado de los recursos en comento.

Señaló que la acción no estaba sujeta al término prescriptivo dada su relación intrínseca con derechos de naturaleza pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó que se declaraba la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo que suponía un dolo por parte de esa AFP en la escogencia de régimen de la demandante y este no se había probado, pues no medió ningún dolo, sino que esa AFP le brindó a la actora otra alternativa pensional por la que esta optó de manera libre y voluntaria; que conocía las implicaciones de su decisión como había quedado probado con el formulario de afiliación, que dicho formulario era un documento válido, público y que se presumía auténtico, siendo esta la prueba idónea para determinar que el acto de traslado fue válido; aunado a ello, la demandante permitía los descuentos con destino al fondo privado y adicionalmente generaba un traslado horizontal, siendo clara la existencia de actos de relacionamiento con el RAIS en su caso; pruebas que conducían a determinar que el deseo de la demandante era pertenecer al RAIS y no era dable exigir traer a un asesor que promovió una afiliación hace 20 años.

Que la decisión de primera instancia, no indicaba cuál era la prueba para demostrar el cumplimiento del deber de información para el año de 1999, que la actora se encontraba en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, que buscaba proteger el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, no siendo dable que la demandante se excusara en una

falta de información porque su expectativa pensional no había resultado acorde a lo planeado.

Que la condena a devolver gastos de administración no era dable pues ellos también se preveían en el RPM, no formaban parte de la pensión, no correspondiéndole al afilado y por ello eran prescriptibles, eran descuentos permitidos por la Ley y la Superintendencia Financiera había reiterado que los únicos recursos objeto de traslado eran los aportes y sus rendimientos como quiera que las primas de seguro eran dineros que habían sido traslados a un tercero para el cubrimiento de las contingencias de invalidez y sobrevivencia de la demandante.

Por su parte, **Colpensiones**, indicó que no se había tenido en cuenta el principio de la relatividad jurídica ya que dicha entidad era un tercero que no había tenido que ver con el negocio jurídico celebrado entre la AFP y la demandante y por ello, no podía resultar perjudicada con ninguna condena, ya que con dicha decisión se afectaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional previsto en la Constitución Política con el retorno de la demandante al RPM.

Que la demandante ya se encontraba inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen prevista en la Ley 797 de 2003 y la declaratoria de ineficacia imponía la orden de retornar todos los recursos depositados en la CAI de la actora, por lo que solicitó se condene a la AFP a pagar todos los perjuicios generados con la decisión de confirmarse esta.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora BERTHA CECILIA JULIO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Porvenir S.A., el 10 de agosto de 1999 y que fuera allegado por esta demandada visible a folio 107 del plenario, no siendo objeto de reparo el traslado horizontal que efectuara con posterioridad a Colfondos S.A.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación que en efecto le asistía a las administradoras desde su creación legal, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En estos casos, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios

que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue.

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por la recurrente Porvenir S.A., se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Bertha Julio, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera; y en interrogatorio de parte vertido por esta, señaló que le pusieron de presente cuestiones eminentemente beneficiosas del RAIS, sin señalarle en ningún momento desventaja alguna de este régimen, además de indicarle un hecho incierto como que el ISS, se iba a acabar, no siendo de su resorte investigar la veracidad de tales afirmaciones, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada a la señora Bertha, quedando así demostrado que la demandada Porvenir S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

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

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., el suministro del deber de información, no se puede considerar por efectuado con la firma del formulario de afiliación, pues tal documental no contiene datos relevantes a la situación pensional particular de la actora, ya que en este únicamente se encuentran consignados sus datos personales y el fondo pensional al que pertenecía, de igual manera esta tópico también ha sido objeto de

pronunciamiento en la línea jurisprudencial antes citada, según la cual, se itera, la suscripción del formulario no permite concluir que se suministró en debida forma toda la información relevante al afiliado previo al acto de traslado.

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude la recurrente Porvenir como sustento de su recurso, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sanea la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

Sentado lo anterior y contrario a lo indicado por las recurrentes, el hecho de que la demandante no hubiera retornado al RPM en los plazos legales concedidos para el efecto, no la priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió.

De otra parte, en cuanto al argumento de la recurrente Colpensiones esbozado en alegaciones y recurso, según el cual, de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración; dineros que entrar a hacer parte del fondo común propio

del RPM y por ende, ayudarán a financiar las pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

En cuanto a los gastos de administración y las primas de seguro previsional, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica la AFP Porvenir S.A., ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

> *También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A., también en sus alegaciones emanado por la Superintendencia Financiera, no ostentan el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia,** dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida, en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 20-2020-359-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MAURICIO JAVIER GUTIÉRREZ

DEMANDADO: COLMOTORES S.A.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de enero de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de ambas partes.

ANTECEDENTES

El señor MAURICIO JAVIER GUTIÉRREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y la sociedad demandada existe un contrato de trabajo desde el 17 de diciembre de 2008 y vigente en la actualidad, que se tenga por ineficaz la terminación del contrato de trabajo, que no ha existido solución de continuidad debiéndose aplicar las previsiones del artículo 140 del CST, que

la demandada le adeuda pago de salarios y prestaciones sociales, cotizaciones al sistema integral de seguridad social y sanción por no pago de cesantías; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que desempeñaba al momento del despido, pagar a su favor los salarios dejados de percibir desde la fecha de desvinculación y hasta que se produzca el reintegro, prestaciones sociales como prima de servicios, cesantías, interés a la cesantía dejados de percibir durante el mismo interregno temporal, vacaciones, cotizaciones al sistema de seguridad social integral, sanción por no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción por no consignación de interés a la cesantía, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 e indexación de las sumas objeto de condena.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que suscribió con la demandada contrato de trabajo el 17 de diciembre de 2008, que previo a esa suscripción de contrato, estuvo vinculado con la demandada entre el 13 de julio de 2006 al 31 de mayo de 2008, que la labor por él desempeñada es propia o complementaria al cargo de asistente de pintura, encargándose inicialmente de realizar el lijado con máquina neumática y desempeñándose en otras laborales durante la vigencia de la relación laboral, tiempo durante el cual, contrajo las enfermedades de síndrome de manguito rotador bilateral, bursitis subracromio subdeltoidea bilaterial y tendinitis de bíceps derecho, las que fueron calificadas como de origen común por la Junta Nacional de Calificación de invalidez.

Señala que el 7 de septiembre de 2010, fue atendido en cita médica por los constantes dolores que presentaba en el hombro izquierdo, posteriormente el 9 de noviembre de 2010 y el 4 de febrero de 2011, fue atendido por médico especialista en ortopedia, de igual manera, vuelve a ser atendido por el mismo dolor el 29 de marzo de 2012, que el 15 de abril de 2012, le fue realizada resonancia magnética de hombro derecho que arrojó como resultado *"tendinosis del supraespinoso e infraespinoso con ruptura de espesor completo en el primero de ellos en su porción anterior clasificándose*

como pequeña. Entesolito sobre la superficie inferior del acromio. Pequeña cantidad de líquido en la bursa subracromial subdeltaoidea, lesiones quísticas en la región anterior de la tuberosidad mayor del humero y probable tenosinovitis del bíceps"; que el 11 de septiembre de 2012 le fue realizada resonancia magnética de hombro izquierdo que reveló tendinosis del supraespinoso con ruptura de espesor completo, pequeño quiste y edema medular ósea en la región anterior de la tuberosidad mayor.

Refiere que por lo anterior inició trámite de calificación de su patología ante ARL Sura, posteriormente con las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, entidades que coincidieron en señalar que el síndrome de manguito rotador, bursitis de hombro y tendinitis de bíceps, eran de origen común, por lo que al no estar de acuerdo con dicha determinación, demandó en proceso ordinario a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que el 15 de marzo de 2014, se le realizó resonancia magnética en hombro izquierdo, la que relevó entre otras, cambios degenerativos.

Señala que entre el 21 de septiembre y el 2 de octubre de 2015 le fueron realizadas un total de 10 terapias para el tratamiento del síndrome de manguito rotador, que el 22 de marzo de 2017, le fueron expedidas recomendaciones médico laborales como pausas activas cada 2 horas, estiramientos continuos de mano, no levantamiento de mas de 5 kg, no realizar ejercicios de torsión, evitar abrir frascos constantemente y no realizar movimientos repetitivos, que acudió a diferentes citas con especialista y terapias para el tratamiento de sus patologías, lo que también derivó en la expedición de varias incapacidades.

Indica que el 10 de enero de 2019, se presenta al servicio de urgencias debido a un aumento de edema y calor en codo derecho, que el 5 de marzo del mismo año, le realizan procedimiento quirúrgico ambulatorio consistente en sutura del manguito rotador, que la IPS Cruz Roja emite el 22 de octubre de 2019 recomendaciones y restricciones laborales, las que fueron notificadas a la demandada el 21 de noviembre de 2019; que para el año 2020 continuó con el tratamiento de sus patologías y en resolución 2227 del 8 de julio de 2019, el Ministerio de Trabajo, resolvió autorizar a la

demandada el despido de 103 trabajadores, indicando en resolución 0038 del 13 de enero de 2020, que el despido autorizado, excluía a los trabajadores sujeto de estabilidad laboral reforzada, que su salario promedio para el año 2019 era de $4.477.560, que el 20 de febrero de 2020, le fue comunicado por parte de la demandada la terminación de su contrato de trabajo, aduciendo para ello, la autorización emitida por parte del Ministerio de Trabajo, que le fue pagado por concepto de indemnización pro despido sin justa causa la suma de $44.508.067.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos; aceptó los contenidos en numerales No. 1 y 74, manifestó no constarle los No. 10 a 29, 31 a 57, 59, 60 y 70 a 72 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó cosa juzgada constitucional, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, prescripción, alcance de la Ley 361 de 1997, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del actor, improcedencia e imposibilidad del reintegro.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el señor MAURICIO JAVIER GUTIÉRREZ y la sociedad GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., existe un contrato de trabajo que tuvo inicio el día 17 de diciembre de 2008 y que fue finalizado el 20 de febrero de 2020, de manera unilateral por el empleador, conforme a lo aquí analizado.*
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que el señor MAURICIO JAVIER GUTIÉRREZ para el momento en que fue despedido (20 de febrero de 2020), gozaba de estabilidad laboral reforzada por sus condiciones de salud y, en consecuencia, DECLARAR que el despido de que fue objeto el señor MAURICIO JAVIER GUTIÉRREZ, el 20 de febrero de 2020, por parte de la sociedad GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. es INEFICAZ, conforme a lo desarrollado en esta sentencia.*
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la sociedad demandada GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., a reintegrar al demandante al cargo que venía desempeñando al momento de su correspondiente despido, o a uno de igual o superior categoría acorde a su situación médica, sin solución de continuidad; y en consecuencia, al pago de los salarios y prestaciones, sociales legales y extralegales, vacaciones, junto con las demás acreencias laborales a que tenga derecho. Estas sumas deberán ser indexadas desde su causación, mes por mes hasta el momento del pago conforme al*

I.P.C. certificado por el DANE, con el fin de compensar los daños causados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

***CUARTO: CONDENAR** a la sociedad demandada GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., al pago de la indemnización dispuesta en el art 26 de la ley 361 de 1997, consistente en la cancelación a favor del demandante de ciento ochenta días del salario.*

***QUINTO: ORDENAR** compensar de las sumas resultantes de los numerales anteriores, el valor de $44.954.000, que fueron inicialmente pagados por la demandada como indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.*

***SEXTO: CONDENAR** a la sociedad demandada GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. a realizar el correspondiente pago de los aportes al sistema de SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, en salud, pensión y riesgos laborales dejadas de pagar a las correspondientes entidades y en favor del señor MAURICIO JAVIER GUTIÉRREZ, desde el momento de su despido y hasta la fecha en que se produzca su reintegro.*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

En los interrogatorios del demandante y del representante legal de la demandada prácticamente no se adicionó, confesó situación particular, se ratificaron en los hechos de la demanda y su contestación. Por ejemplo, el demandante manifestó dijo sobre su último cargo, Sobre sus patologías que considera que tiene, que demandó a la Junta Nacional de Calificación, que para la finalización del contrato de trabajo indicó que no estaba incapacitado, pero que estaba en proceso de recuperación de una cirugía, que cuando regresó de la cirugía no pudo desempeñar bien la funciones del área donde se encontraba, que desarrollaba las funciones con dificultad, pero no fue reasignado a otro cargo u otra función después de la cirugía, reitera que el contrato se le terminó la empresa que no era con permiso del Ministerio y que le dijeron que el que quiera demandar que demande, que el 100% de personas que echaron de un grupo eran enfermo, acepta que la demandada le dio una indemnización por terminación del contrato de trabajo de $44.954.000, que para el año 2018 la compañía lo remitió a su casa sin prestar ningún servicio, pero se le pagaba el salario completo por motivos de baja producción que eso fue como después de la primera cirugía, qué la empresa lo afilió, pagó los aportes al sistema de Seguridad Social y todas sus prestaciones y acreencias a la terminación del contrato el 20 de febrero del año 2020. Acepta que el contrato se le terminó como a 120 o 130 personas, pero reitera que 90% eran enfermos o considera que eran enfermos, que las áreas de pintura salieron varias personas en esta ocasión. El representante legal de la demandada como ya lo indiqué al absolver el interrogatorio manifestó sobre los cargos desempeñados por el demandante las funciones que tuvo, dice que realizaron exámenes médicos de ingreso y egreso, que cuando ingresó a trabajar estaba apto al igual que cuando terminó el contrato de trabajo, que no existían recomendaciones de trabajo para el demandante por parte del área de salud ocupacional, que dicho departamento no expide recomendaciones de venir del médico tratante, la ARL, que para el 20 de febrero del año 2020 ninguna entidad del sistema de Seguridad Social tenía recomendaciones en ese momento, que la empresa cuenta con un departamento médico allí donde se tramitan incapacidades y recomendaciones y cuando el demandante salía de la compañía no había sido dictaminado con ninguna pérdida de capacidad laboral, que el dictamen del año 2013 es de origen común, que en febrero del 2020, le dieron nuevas recomendaciones de salud ocupacional, que las resoluciones en el que el Ministerio de Trabajo autorizó el cierre de pintura no se podía retirar personas con discapacidad, mujeres en estado de embarazo o amparadas por estabilidad laboral reforzada pero ninguna de esas tres se podían o se enmarcaban por el demandante, menos para la fecha de terminación del contrato por no tener una calificación de pérdida de capacidad laboral, que hay un departamento de salud hasta donde tiene conocimiento después de la cirugía, no una orden de reubicación laboral del trabajador.

En los testimonios rendidos se encaminan principalmente al conocimiento que tuvieron los testigos sobre las presuntas patologías sufridas por el demandante, recomendaciones y los despidos correspondientes, el testigo Halber Alexander Bustos dijo que es médico cirujano, además ocupa el cargo de supervisor del departamento

médico de General Motors desde octubre del 2013, conoce al demandante porque lo ha visto en la planta y fue uno de los trabajadores que tenía recomendaciones con dicho departamento de salud, había recomendaciones médicas que le habían dado en su momento, que las recomendaciones eran para Mano y columna, es decir para miembro superior y columna, que tuvo conocimiento de las patologías del señor Mauricio Javier pero no las recuerda, que lo único que recuerda es que era miembros superiores y columna lumbar, supone que en el año 2020 retiraron al demandante, que sus funciones es hacer una lista de chequeo de retiro para que relaciones laborales o legales tomen la decisión de retirar al trabajador, que por parte del señor Mauricio no tenía calificación de pérdida de capacidad laboral, que para la terminación del contrato el demandante no se encontraba incapacitado. La empresa conocía que tenía recomendaciones médicas laborales por parte de la EPS, respecto a las visitas del puesto de trabajo, los puestos cumplían con las recomendaciones para poder laborar dentro de la planta, desarrollar las funciones o estaciones que se le evaluaba no tenía inconveniente, las recomendaciones no decían que tenía que reubicarlo y que el demandante tampoco manifestó personalmente su intención o deseo de ser reubicado, que el demandante era apto para desarrollar las funciones siempre y cuando cumplieran las recomendaciones que el departamento médico le hacía que la empresa tiene instalado un programa de pausas activas, igual cuando hay para delinea o espacio en los descansos, esto permite desarrollar pausas activas y toda la parte de recuperación intramuscular, Tienen muchas áreas de la planta, barras de estiramiento que son auto administradas, el trabajador puede ir a estas barras, ellas tienen los instructivos de uso, que cuentan con una fisioterapeuta en la planta que hace algunas paradas en línea y dirige y ayuda a los jefes para hacer las pausas activas, las recomendaciones laborales e igualmente puede aplicar para algunas actividades extra laborales, como por ejemplo las restricciones de peso que para la fecha de su despido el demandante contaba con recomendaciones médicas.

El testigo Omar flores también bajo juramento dijo ser ingeniero industrial y hacer parte del equipo de relaciones laborales de la empresa demandada, que labora en Colmotores desde el año 2001, Consultor de relaciones laborales, que también fue el líder del grupo del área manufactura, controlador de procesos diferentes cargos dentro de la compañía, tuvo muy buenas relaciones con el demandante con quien trabajó en la compañía en el área de pintura del año 2001 al año 2017, 2018, que el demandante estuvo en diferentes puestos en la compañía a la terminación de su contrato tenía algunas restricciones y también tenía sus recomendaciones médicas, a las cuales se le dio cumplimiento a cabalidad, que el contrato de trabajo terminó porque el área desde el año 2019 tenía una baja productividad y en el año 2020 fue retirado con 103 trabajadores por medio de una resolución del Ministerio de trabajo, la información que se le dio al trabajo para la terminación del contrato fue por una baja producción, que en diciembre del año 2019 se dio una baja producción por el cambio de modelo, por lo que surgió la necesidad de no contar con unos trabajadores que no se requería para la producción, trabajadores no solamente del área pintura sino de otras áreas de la compañía pero se les pagó la indemnización por terminación unilateral del contrato y sus acreencias laborales, que no sabe que a la terminación del contrato de trabajo el demandante contara con una calificación de pérdida de capacidad laboral y que no se encontraba incapacitado, que para febrero del 2020 época de despido del demandante tenía recomendaciones médicas y los puestos de trabajo fueron adaptados para que pudiera desarrollar ciertas labores, no conoce los detalles de adaptación del puesto de trabajo. Finalmente, el declarante o testigo Joan Muñoz manifiesta que es ingeniero electricista con maestría de gerencia de proyectos, él es el gerente del área de pintura o superintendente en motores desde hace 10 años, que tiene a cargo entre 50 y 150 personas de acuerdo a la capacidad de producción que se maneja un momento verificando de la calidad de producción, que conoció al demandante el área de pintura desde el año 2019 hasta febrero del 2020, que el demandante estaba en la parte llamada fitness no recuerda las patologías que tenía, pero sí las recomendaciones y se acondicionaron los puestos de trabajo para personas que tuvieran según las recomendaciones, que la terminación del contrato se dio por baja de volumen, es decir, por la baja producción, teniendo que reducir el personal según los números o cálculos que tienen la compañía por producción y productividad, que tuvieron que hacer el despido de algunas personas para poder ser productivos y que se genere un coste de producción del vehículo que sea rentable para la empresa, que para el año 2020 se terminó el contrato de varias personas para la terminación del contrato, el demandante

no se encontraba incapacitado, que en el área de finess hay varios puestos de trabajo desde el alistamiento de la cabina, una vez terminada la aplicación calor y barniz pasa por el horno de seca y las personas de finess hacen el alistamiento final, Como gerente del área tiene un par de ingenieros que realizan una recomendación en mecánica, que tienen las personas para poder ejecutar una labor y que el puesto de trabajo sea acondicionado para la recomendación, que el criterio para despedir a un trabajador cuando hay una baja de producción se tiene que hacer, Se reúnen todos los líderes del grupo, se hace el cálculo en la cantidad de personas que hay que hacer retiro de la compañía o el área, que ellos miran actitud del trabajador, las labores que realizan ellos son los que dicen que personas hay que retirar que con el demandante no sabe qué criterios se tuvieron en cuenta, pero los directores de grupo tienen en cuenta temas de calidad, producción y otros temas, que ahí en el mismo cargo del demandante hay entre 5 y 8 personas según la cantidad de productos que se haga en este momento que hay 6 personas, que para la terminación del contrato de trabajo el demandante habían unas cuatro personas, que de esa área no recuerda cuántas despidieron, recuerda que tenía como 90 personas a cargo en esa área, que se analiza que recomendación hay que estudiar los puestos de trabajo para que sean aptos para ellos y si no pues escala en la compañía, que sabe que el demandante para el momento del estudio no estaba incapacitado, que lo sabe porque indagó en los documentos de la compañía y constató esa información, pero que si sabe que se encontraba con recomendaciones laboral.

Entonces con los anteriores elementos de prueba traídos al proceso y teniendo en cuenta la normatividad vigente, el despacho llega a la siguiente conclusión; Con relación al contrato de trabajo, cargo y sus extremos debe decirse que no es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo con inicio a partir del 13 de julio de 2006 para desempeñar el cargo de asistente de pintura, contrato que finalizó el primero de junio del 2008 y posteriormente entre las partes celebraron un nuevo contrato el 17 de diciembre del 2008, con inicio de labores a partir del 19 de diciembre del mismo año para desempeñar el cargo de asistente de pintura teniendo como último cargo al demandante el de tutor; Asimismo concuerdan las partes que este último contrato fue finalizado por el empleador el 20 de febrero del año 2020, al respecto sobre la terminación del contrato de trabajo indica la parte demandada que dicha terminación se dio como consecuencia de una causa objetiva como es la autorización de despido y cierre parcial otorgada por el Ministerio de Trabajo mediante resolución 0038 del 13 de enero de 2020, frente a lo cual la parte demandante manifiesta que por sus patologías y condiciones de salud gozaba de fuero de estabilidad laboral reforzada, por lo que no podía ser despedido de conformidad con la autorización dada por el Ministerio de Trabajo.

Entonces ocupémonos de la terminación del contrato de trabajo y de la estabilidad laboral reforzada. Así las cosas el problema jurídico como se indicó anteriormente gira en establecer si el contrato de trabajo que se ejecutó entre las partes fue terminado encontrándose la parte demandante bajo la garantía de estabilidad laboral reforzada o por el contrario fue terminado legalmente por parte del empleador, verificado lo anterior debe establecerse también por este juzgado si el despido resulta ser ineficaz y el demandante debe ser reintegrado a su puesto de trabajo, además si tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; con relación al derecho a la estabilidad laboral reforzada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido al menos desde la sentencia del 15 de julio del 2008 radicado 32532 que la estabilidad laboral reforzada, una garantía derivada estrictamente la ley 361 de 1997, en cuyos preceptos a su juicio se dispone que solo se aplica a quienes tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, Jurisprudencia que remite a la reglamentación contenida en el Decreto 2463 del 2021 que clasifica los grados de severidad de la limitación. Así: moderada la que está entre el 15 y el 25% de capacidad laboral, severa mayor al 25%, e inferior al 50 y profunda superior al 50%, Esta posición se ha reiterado en la jurisprudencia de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 25 de marzo de 2009 radicados 35603 del 2010, también radicado 38992 y el 28 de agosto del 2012 radicado 39207 entre otros en la sentencia SL 260 del 2019 la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, un nuevo alcance a su interpretación en torno al fuero de salud indicando que la realización de cirugía previa, recomendaciones médicas o que el trabajador se encuentre incapacitado no necesaria implica por sí mismo que se encuentra en situación de discapacidad y por lo tanto que no hay lugar a protección alguna del denominado

fuero de salud, que lo relevante es que el trabajador acredite una limitación que le impida desarrollar su capacidad de trabajo y su conexión con la terminación del contrato de trabajo. A su vez la Corte Constitucional se ha ocupado del tema y ha sostenido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares por lo tanto no derivadas, ni es exclusivo de quienes hayan sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada severa o profunda ante estas diferencias objetivas en la jurisprudencia nacional es decir lo indicado por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional esta sede judicial observa que la Corte Constitucional en su calidad de órgano de cierre en la materia y que tiene competencia para unificar la interpretación correspondiente cuando existan criterios dispares en la jurisprudencia nacional en los términos del artículo 241 de la Constitución Política. En sala plena emitió la sentencia SU 049 del 2017, donde señaló que el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía en la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, la estabilidad ocupacional reforzada es aplicable a las relaciones originadas en contratos de prestación de servicios ,también aun cuando no envuelven relaciones laborales subordinadas en la realidad, que la violación a la estabilidad laboral ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, interpretado conforme a la Constitución Incluso repito en el contexto de una relación contractual de prestación de servicios y también así la persona no tenga calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

Ahora en análisis de la jurisprudencia y de las pruebas aportadas debe decirse desde ya que para el despacho hay lugar a la protección invocada ya que se pudo establecer que para la fecha de terminación del contrato de trabajo el demandante padecía una limitación que a juicio de esta sede judicial o de este despacho que si bien no estaba determinada concretamente su porcentaje de pérdida de capacidad laboral consideramos que dicha pérdida de capacidad puede tenerse como moderada como quiera que en el año 2010 durante la vigencia de la relación laboral que se extendió hasta el 20 de febrero del 2020 y es más hoy en día el actor padece del síndrome del Manguito Rotador bilateral, bursitis suba cromio, sub deltoideal bilateral y tendinitis de bíceps derecho que sí fueron calificados de origen común tanto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca como por la Junta de calificación Nacional de Invalidez siendo la última el del 9 de septiembre del 2020, que se estableció que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era del 16.58%. Por lo anterior es que considera este juez de instancia que de la documental allegada al proceso especialmente los 3 dictámenes de pérdida de capacidad laboral, dos de la Junta regional de Bogotá y Cundinamarca y 1 de la Junta de Calificación Nacional como copia de las historias clínicas del demandante, las copias de las recomendaciones ocupacionales vista folio 273 a 290 del expediente, del 10 de diciembre del 2018, 31 de julio del 2018 o 22 de julio del 2018, 21 de octubre del 2019 y 8 de febrero del 2019, en donde indica en las situaciones particulares y recomendaciones asi al trabajador como es disminuir la concentración de movimientos, alteración de postura, evitar acarreo de cargas, evitar actividades teniendo como restricciones arrastrar o mover objetos hasta de 5 kg, con dicha documental es posible inferir más allá de toda duda que el demandante viene teniendo unas afecciones en su estado de salud que le han implicado una limitación o disminución sustancial en las actividades laborales que cotidianamente debiera realizar por lo que se considera que el demandante es beneficiario de la protección reforzada invocada, súmese a ello los testimonios recaudados que dan cuenta del conocimiento del empleador de dichas patologías y recomendaciones, téngase en cuenta que lo relevante es que el trabajador acredite una limitación que le impida desarrollar su total capacidad de trabajo y su conexión con la terminación del contrato de trabajo situación que se da en el presente caso, como quiera que adicional a que el actor acreditó sus limitaciones para el desarrollo de su trabajo está demostrado que la compañía demandada era conocedora de su estado de salud, especialmente las múltiples recomendaciones laborales que se le dieron tal y como se reitera los mismos testigos por parte de los mismos testigos de la demandada que lo aceptaron al punto que adicionalmente informaron que la empresa adecuó el puesto de trabajo al demandante para cumplir con las recomendaciones para poder laborar, es así que este despachó

comparte el criterio de la Corte Constitucional al respecto, criterio que además es vinculante en el sentido de señalar que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares y que por lo tanto no deriva únicamente de la ley 361 de 1997, ni es exclusiva quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda se reitera que conforme a las pruebas recaudadas especialmente la de los testigos de la parte demandada se acredita que la compañía Para la fecha de terminación del contrato de trabajo del demandante era conocedora de las afecciones en la salud del demandante que le venían impidiendo o dificultando sustancialmente el desempeño total de sus labores en condiciones regulares, finalmente debe indicarse que ante el estado de salud del demandante, la demandada por dicha situación requería o necesitaba autorización del Ministerio de trabajo previa para finalizar la relación contractual del demandante, situación que no efectuó la demandada y mucho menos acreditó en este juicio.

Sobre este tópico cumple reiterar que la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias de su Sala de Casación Laboral SL 1360 del 2018, 260 del 2019, SL 2548 y SL 5181 del 2019, han trazado una línea jurisprudencial vinculante para los operadores judiciales donde han indicado que el empleador puede acudir al despido unilateral y sin justa causa como mecanismo de libertad contractual y empresarial en el manejo de su negocio pero tratándose de trabajadores en situación de discapacidad debe contar con la autorización de la autoría del trabajo de lo contrario su decisión se torna ineficaz, precisando que esa revisión por un tercero en su calidad de autoridad administrativa se circunscribe a aquellos eventos en que el desarrollo de las actividades sean incompatibles o insuperables con el cargo desempeñado o con otro inexistente en la empresa y se busca una protección, no es que dicho trabajador tengan un derecho a perpetuidad a permanecer en el empleo, sino el derecho a seguir en él hasta tanto exista una causa objetiva que conduzca a su retiro pero si la terminación del vínculo es por cuenta de una justa causa y por tanto ella se acredita queda enervada la presunción discriminatoria contenida en el Artículo 26 de la ley 361 de 1997 porque se soporta en una razón objetiva, SL 2548, 260 DEL 2019 y SL 1360 del 2018, así las cosas se reitera por parte del despacho que el demandante es un trabajador en condición de discapacidad por lo que debió contar la demandada con la autorización de la autoridad del trabajo situación que no sucedió por lo que la decisión del despido del demandante se torna ineficaz, en consecuencia de ordenarse su reintegro sin solución de continuidad de pago de los salarios, prestaciones sociales legales y extra legales, vacaciones y aportes a la seguridad social integral debidas desde el momento de su retiro el 20 de febrero del 2020 y hasta que se produzca su reintegro igualmente se dice que pretende el demandante que adicional a declarar ineficaz el despido condene a la demandante al pago de la indemnización del Art 26 de la ley 361 de 1997, no obstante quienes fueran despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior tendrán un derecho a una indemnización equivalente a 180 días del salario sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones que hubiere lugar de acuerdo con el CST.

Al respecto considera esta sede judicial que para el despido del demandante también se tuvieron en cuenta sus limitaciones en su salud ya que como lo mencionó el testigo John Muñoz fueron elegidas por el factor de calidad y productividad en sus labores y como es de conocimiento de las partes el actor ante su estado de salud y conforme a sus múltiples recomendaciones laborales, no generaba la misma producción que un compañero sin esas limitaciones en su salud, también se pretende por la defensa de la demanda justificar el despido del demandante por una causal objetiva relacionada con el permiso para un despido colectivo concedido por el Ministerio a raíz de una crisis que obligo a bajar la producción, sin embargo como también ya se indicó luego de presentar en los recursos contra el respectivo acto administrativo, el Ministerio concedió el referido permiso pero advirtiendo que el mismo no cumplía a quienes estuvieran cobijados por una estabilidad laboral reforzada por asuntos de salud, por lo anterior abra de condenarse también a la demandada al pago en favor del demandante a la indemnización correspondiente equivalente a 180 días de salario sin perjuicios.

De la sanción por no consignación de cesantías y por no pago de interés a la cesantía pedidas por la parte demandante, ya que pretende el pago de la sanción por no

consignación de cesantías a un fondo y los intereses correspondientes, al respecto debe indicarse que no hay lugar a la misma como quiera que conforme fue aceptada por el demandante a la terminación de su contrato se le pagó su liquidación de prestaciones y de las que se causaron desde su despido a la fecha del correspondiente reintegro es a través de sentencia que se ordena su reconocimiento y pago por lo que no hay lugar a condenar a la demandada a dicha indemnizaciones como quiera que es a través de esta sentencia y no hay acreencia a la terminación del contrato de trabajo que fuere declarado ineficaz; sobre el salario del demandante el mismo indica que para el 2019 era de $4.477.560, sin embargo la demandada manifiesta que el salario básico mensual devengado por el demandante al momento de la terminación del contrato era de $3.363.965, al respecto debe indicarse que a folio 99 obra certificación expedida por la demandada donde manifiesta que el actor devengaba para agosto del 2019 un salario básico de $3.230.942 y un salario promedio mensual de $4.477.665, a folio 961 a 962 allega 2 certificaciones de fecha 15 de septiembre de 2020 y 1 de octubre del 2021 en donde indican que el demandante devengaba como salario básico para el 20 de febrero del 2020 la suma de $3.363.965, salario básico que se corrobora con la liquidación final de prestaciones sociales vista folio 969, luego de realizar las operaciones aritméticas correspondientes, por lo que este último valor será tenido en cuenta para cualquier efecto legal como salario básico a la fecha de terminación del contrato de trabajo del demandante.

De la excepción de compensación: Propuesta por la parte demandada y que corresponde a compensar las sumas que ha cancelado la compañía del actor durante la vigencia y a la finalización del contrato específicamente la suma de $44.954.000, cancelados al demandante por indemnización del artículo 64 del CST; al respecto le asiste razón a la demandada y como quiera que se ordenó el reintegro laboral del demandante junto con el pago de los salarios, Prestaciones sociales y demás acreencia que tiene derecho debe compensarse la suma en comento ya pagadas al demandante a modo de indemnización por despido, cancelándose únicamente la suma resultante entre el ordenado pagar mediante la sentencia y lo que resulte descontar la suma de $44.954.000. De los aportes de la Seguridad Social frente a este tópico, debe indicarse que como quiera que se declaró la ineficacia del despido del demandante y su consecuencia al reintegro sin solución de continuidad debe la demandada realizar el correspondiente pago de los aportes al sistema de Seguridad Social integral en salud, pensión y riesgos laborales, dejados de pagar a las correspondientes entidades y a favor del señor Mauricio Javier Gutiérrez desde el momento de su despido hasta la fecha en que se produzca su reintegro. Junto con los incrementos e intereses legales que llegue a cobrar la correspondiente entidad administradoras de Seguridad Social.

***Indexación**; debe indicarse que las sumas que se ordenen pagar directamente al demandante deben ser indexadas desde el momento en que se causen hasta mes por mes hasta el momento de pago conforme al IPC certificado por el Dane. Lo anterior con el fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda o algún daño que se cause por la misma.*

Excepciones.

Respecto a la cosa juzgada constitucional debe indicarse que la misma no está llamada a prosperar como quiera que justamente la juez constitucional consideraron que el actor contaba con otro mecanismo judicial para la protección de sus derechos y que no acreditaba contar tener una condición especial para excepcionalmente por la vía constitucional, proceder al amparo allí pretendido, sumado a lo anterior es esta la vía natural para resolver la controversia como la que aquí estamos desatando, Por lo anterior, se declara no probada dicha excepción.

RECURSOS DE APELACIÓN

Parte demandante:

Únicamente parcial en cuanto su Señoría no concedió la sanción contemplada en el Artículo en la ley 50 de 1990 artículo 3 en cuanto a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías al fondo privado a partir de la fecha en que se realizó el despido del señor demandante, el objetivo de mi recurso de apelación indicando lo siguiente; es claro que en la presente sentencia se declaró mediante el presente proveído que el señor demandante continuaba o tiene un vínculo laboral sin solución

de continuidad con la sociedad General Motors, en este orden de ideas estaría en mora dicha entidad para el reconocimiento, pago y consignación de las cesantías que se hicieron efectivas el 31 de diciembre del año 2020 con fecha de pago que se causaron hasta el año 31 de diciembre del 2020, con su fecha de pago al fondo de pensiones el 14 de febrero de la presente anualidad, motivo por el cual se establece una sanción moratoria una indemnización moratoria por no consignar las cesantías en término como quiera que así lo dispone el artículo 3 de dicha norma, el cual nos dice esa sanción moratoria está contemplado en el artículo 3 del artículo 99 y se constituye en un día de salario por cada día de mora en la consignación, la sanción moratoria por la no consignación, oportunamente las cesantías en el fondo consiste en un día de salario por cada día de retardo y precisamente esta sanción aplica exclusivamente cuando empleador no consigna las cesantías en un fondo de pensiones, excluirla de este pago sería premiar la falta de pago de la General Motors implementada, máxime que no solamente perjudicó a mi demandante durante más de un año y que tuvo que poner un proceso judicial para que se declarara que efectivamente continúa trabajando para dicha entidad sino que adicionalmente se sustrajo su deber legal de consignarle sus cesantías como es de ver el 14 de febrero de cada año; por tal motivo solicito muy respetuosamente al honorable tribunal sala laboral conceda la indemnización moratoria a que hace referencia la ley 50 de 1990.

La sociedad demandada recurrió señalando:

Las razones de hecho y de derecho para proferir el fallo de instancia y ordenar el consecuente reintegro del señor Mauricio tiene que ver justamente que el despacho consideró a criterio de lo que es la Corte Constitucional que el demandante se encuentra en una situación de estabilidad ocupacional reforzada y que en tal medida es beneficiario de un fuero de estabilidad y procedente su reintegro lo que hay que hacer por parte de esta defensa son manifestaciones respecto de las situaciones de tiempo, modo y lugar que obedecieron a la terminación del contrato de trabajo y se indicó de manera amplia y suficiente efectivamente la terminación del contrato del señor Mauricio Javier Gutiérrez y en términos específicos de lo que fue la relación laboral, quisiera solicitar al despacho que se tenga en cuenta que en el punto numeral 1 de la parte resolutiva del fallo se indicó que se declaraba que entre el demandante y General Motors surgió un contrato a término fijo iniciado el 17 de diciembre de 2008 para lo cual solicito esto se aclare que esa fue la fecha de suscepción del contrato el cual tiene unos inicios de labores el día 19 de diciembre del año 2008 tal como se indicó de hecho por parte del despacho, lo primero que hay que tener en cuenta es que el señor Mauricio fue contratado inicialmente para desempeñar las funciones de auxiliar y posteriormente terminó desempeñando el cargo de pintor 1 el cual ejecutó hasta el día 20 de febrero del año 2020 fecha de terminación del vínculo laboral y justamente teniendo en cuenta que el mismo se encontraba acorde para poder desempeñar dichas funciones, en tal sentido el día 20 de febrero de 2020 se da por finalizado el vínculo laboral y tal como él lo manifestó no fue la única persona que se le terminó el contrato de trabajo en la medida que las razones obedecen a la autorización otorgada por un ente administrativo como lo es el Ministerio de Trabajo que luego de haberse finalizado y llevado a cabo un proceso administrativo de cierre parcial y despido colectivo de dicha entidad autorizó tal situación, obedece a la finalización de unos contratos con ocasión de unos cargos manifestado y sustentados en su momento ante el Ministerio del Trabajo que daba lugar a que no fueran requerido al interior de general Motors teniendo en cuenta la grave situación económica de la compañía, se vio en la penosa necesidad de tener que hacer este trámite administrativo, resolución 038 en la cual se estudia el tema financiero de la compañía no puede continuar y existe una necesidad de hacer un cierre y terminar un contrato de trabajo que obedece a 103 puestos claramente especificados por parte de mi representada, esa especificación se hace en el año 2018 cuando se inicia el proceso, no se trata de una acto discriminatorio, sino obedece a una autorización justamente y que teniendo en cuenta esas graves situaciones y en consecuencia la terminación de esos contratos de trabajo que da el despido colectivo de 103 trabajadores lo cual es una cantidad relevante.

Quiero resaltar ese 20 de febrero de 2020 se hizo una citación y se les comunicó de la finalización de un contrato de trabajo, esto obedece a unas situaciones mucho más

amplias diferentes a las justamente tomadas por el despacho, General Motors jamás trato de eludir que el señor Mauricio tuviera unas circunstancias de salud como tal, en ningún momento el testigo John muñoz indicó que se retirara por temas de calidad de hecho lo que explicaba fue que revisaron a diferentes criterios, en tal sentido no puede indicarse por el despacho que para el 20 de febrero de 2020 no podía indicarse que General Motors tenía un conocimiento de un estado de salud de tal relevancia que no le permitiera trabajar, se reitera que tuvo unas cirugías en el año 2019 pero él se reintegra y lo desarrolla normalmente y no existe ninguna manifestación de que se necesitara un cambio de un puesto de trabajo o las funciones del señor Mauricio, sin situaciones de tal relevancia o pérdida de capacidad.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, por razones de método, se resolverá en primer lugar el recurso de la parte demandada, determinando en primer lugar si el demandante debe ser objeto de la protección prevista en la Ley 361 de 1997, para de ser así, abordar el estudio de la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo la relación laboral sostenida por el demandante y la demandada, para lo cual se allegó copia del contrato de trabajo suscrito el 17 de diciembre de 2008, el que si bien indica que el actor empezaría a prestar sus labores desde el 19 de diciembre de esa anualidad, contrario a lo indicado por la demandada, la existencia de la relación laboral se predica desde la fecha de la suscripción del contrato en comento, diferente es que se pactó el inicio de sus efectos a partir del 19 de octubre; razón por la cual, no hay lugar a modificar el numeral PRIMERO de la decisión en cuanto al extremo inicial de la relación laboral declarada.

De otra parte, no ofreció reproche que el Ministerio de Trabajo a través de Resolución 2227 del 8 de julio de 2019, autorizó el cierre parcial de la sociedad General Motors Colmotores S.A., señalando en acto administrativo 0038 del 13 de enero de 2020, que tal cierre conllevaba al despido de 103 trabajadores, despido que no comprendía al personal que fuera sujeto de estabilidad laboral reforzada y fue con fundamento en dicha autorización que la sociedad en comento, en comunicación del 20 de febrero de 2020, le hace saber al actor la finalización de su vínculo

laboral con esta.

Determinando lo anterior y a efectos de establecer si el actor era sujeto de la estabilidad laboral alegada, se tiene que contrario a lo indicado por este también en alegaciones y conforme lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el padecimiento de cualquier enfermedad, no activa la garantía prevista en la Ley 361 de 1997 y así lo señaló esta Corporación en sentencia SL572 del 24 de febrero de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera; indicando que la garantía de estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud, se activa siempre y cuando **al momento del despido**, el trabajador cuente con la calificación formal de la PCL que le ocasiona su patología, al respecto señaló:

> *En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás ha adoctrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa.*
>
> *En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró:*
>
> *En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte:*
>
> *(…)*
> *Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001.*
>
> ***Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).***
>
> *Ahora bien, exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo que ello implica soportar un nivel de limitación*

> *en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido.*
>
> *Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional. (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme criterio jurisprudencial en cita que ha sido el sostenido por esta Sala, de manera preferente por ser proferido por el órgano de cierre de esta jurisdicción, esto es, la Corte Suprema de Justicia se observa que en el presente si bien fue allegada calificación expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 22 de julio de 2013, mediante el cual se califican las patologías del actor como lo son el síndrome de manguito rotador, bursitis de hombro y tendinitis de bíceps, se tiene que tal dictamen únicamente califica **el origen** de tales padecimientos, determinando que es común, sin que se evidencie que se haya fijado porcentaje alguno de PCL para determinar si conforme el criterio antes transcrito, el actor es sujeto de protección laboral en atención al fuero de salud, siendo claro que en el presente no se cumplen los presupuestos señalados por la CSJ, sobre este particular, indicó el pronunciamiento en cita que sino se cuenta con tal calificación, la patología debe ser de tal magnitud que impida al trabajador desarrollar su labor; presupuesto que tampoco concurre en el presente, pues el mismo actor indica en escrito de demanda que se encontraba en ejecución de sus labores cuando recibió la comunicación mediante la cual le informaron sobre la terminación de su vínculo laboral, lo que determina que su patología.

Así las cosas, la sociedad demandada no desconoció los parámetros señalados por el Ministerio de Trabajo en resolución 0038 del 13 de enero de 2020, ya que como bien lo indicó esta parte en su defensa y alegatos de conclusión, al actor no se le puede considerar como sujeto de estabilidad laboral reforzada por lo antes dicho, imponiéndose entonces **REVOCAR** los numerales SEGUNDO a SEXTO de la sentencia recurrida, para en su

lugar **ABSOLVER** a la sociedad demandada de las condenas allí impuestas.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR los numerales SEGUNDO a SEXTO de la sentencia recurrida, para en su lugar **ABSOLVER** a la sociedad demandada de las condenas allí impuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 23-2015-241-01
ASUNTO: APELACION AUTO
DEMANDANTE: COOMEVA
DEMANDADO: MINISTERIO DE LA SALUD Y PROTECCION SOCIAL Y OTROS

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de FIDUFOSYGA Y ADRES en contra de la decisión tomada el diez (10) de mayo de dos mil veintidós (2022); por medio de la cual se declaró no probada la excepción previa de falta de jurisdicción. (Expediente Digitalizado),

HECHOS

COOMEVA EPS SA, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de NACION- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, CONSORCIO FIDOFUSYGA 2005 y las

sociedades que lo conforman para que se les condene a pagar los perjuicios ocasionados como consecuencia del no pago de solicitudes de recobro por procedimientos no incluidos en el POS. (Expediente DIGITALIZADO).

Mediante la providencia que hoy revisa la Sala el Juez de primera instancia declaró no probada la excepción manifestando, en síntesis: "*Propuesta por las demandadas. Mediante auto del 6 de mayo de 2016, al resolverse el incidente de nulidad formulado por el Consorcio Fidufosyga 2005, el Ministerio de la Protección Social y Coomeva y por coincidir con los argumentos planteados en la excepción, se resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del 27 de marzo de 2015 por falta de competencia, suscitando conflicto de competencias negativo con el Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca, disponiendo el envío de las diligencias a la sala Disciplinaria del CSJ. Así las cosas, mediante providencia del 10 de agosto de 2017 el CSJ, dirimió el conflicto indicando que este versaba sobre el reclamo de dineros provenientes del sistema de seguridad social integral, era el CPTSS en su artículo 2 el encargado de fijar la competencia en cabeza de la justicia ordinaria laboral.*

Teniendo en cuenta dicha decisión, mediante auto del 26 de enero de 2018, se avocó conocimiento del proceso, por lo que siendo definida la competencia para conocer del proceso, no es dable efectuar un nuevo estudio sobre la misma situación toda vez que aunque el juzgado comparte las apreciaciones de las demandadas, no puede desconocer la decisión del superior; toda vez que para el caso específico, la autoridad competente resolvió el conflicto de competencia y ordenó al juzgado conocer del presente asunto, no siendo dable adoptar una decisión diferente referente a la competencia.

Inconformes con esta decisión los apoderados de las demandadas interpusieron recurso así

Consorcio Fidufosyga 2005*: No hay cosa juzgada sino sobre sentencias, los autos no producen efectos de cosa juzgada, las normas procesales laborales son de orden público y su inobservancia derivaría en la nulidad de lo actuado, siendo claro para el Juzgado, para la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, que la competencia para conocer de estos asuntos es de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, adelantar el proceso en la Jurisdicción Laboral, pese a la existencia del auto del CSJ, que no produce los efectos de cosa juzgada, devendría en la nulidad de todo el proceso, siendo claro que la competencia subjetiva del CGP, no se da en este proceso porque no se trata de las personas de que trata el elemento subjetivo para que conozca la jurisdicción laboral ordinaria, porque claramente quienes tendrían que responder eventualmente en caso de una condena, serían entidades públicas como el Ministerio de la Protección Social y ADRES; igualmente en la demandada se persigue una reparación causada por hechos del estado, lo que claramente hace que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sea la competente como lo ha establecido la Corte Constitucional recientemente. Aunado a ello, el AL 02 de 2015,*

desde dicha data se dijo que la Corte Constitucional era la competente para conocer de los conflictos de competencia entre jurisdicciones.

ADRES: En concordancia con los autos 389, 390 y 785 de 2021, proferidos por la Corte Constitucional, el asunto debatido en el proceso, no es uno donde se vulnere los derechos de los afiliados, en ese orden de ideas, su conocimiento corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativo por tratarse del cumplimiento o incumplimiento de contratos transados entre particulares y el Estado…"

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos, advirtiendo desde ya que la decisión de primera instancia será confirmada, no sin antes precisar que, aunque el juez no se refirió específicamente a cosa juzgada, señaló que no le era posible desconocer la decisión del superior, entendiendo dado el recurso que eso es lo que cuestiona con su argumento.

Al respecto vale decir que esta Sala en decisión en providencia del 30 de septiembre de 2022 ya definió el tema planteado razón por lo que conviene citarla. Se dijo allí:

"…Desde ya advierte la Sala el auto apelado será CONFIRMADO. Veamos las razones.

Sea lo primero advertir, que cuando el Consejo Superior de la Judicatura en virtud de lo ordenado en la Ley dirimía un conflicto de competencias y lo asignaba a una autoridad judicial, independientemente de cual fuera, esto es en la misma o diferente jurisdicción, ello antes y ahora constituye ***cosa juzgada y por tanto no es posible desconocer lo allí ordenado.***

Ahora bien, no es cierto, como se afirmara, en uno de los recursos, que lo que se resolvió por el consejo en abril de 2015, fue entre la jurisdicción ordinaria especialidad civil y laboral, para lo cual basta remitirse al cuaderno que contiene el conflicto y a la decisión que allí aparece en donde se señala:

"OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO. *Procede la Sala a dirimir el conflicto negativo de jurisdicción por competencia, suscitado entre* ***los Juzgados Treinta y Seis Administrativo de oralidad- Sección tercera-; Veinticuatro Laboral y Dieciocho Civil del Circuito,*** *todos de Bogotá, con ocasión de la* ***Acción de Reparación Directa,*** *promovido a través de apoderado por SANITAS EPS. Contra la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social."*

Es más, en esa oportunidad la demanda se presentó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante acción de Reparación Directa solicitando el pago de perjuicios causados con ocasión de la falta de reconocimiento y pago de 62 recobros, por concepto de suministro de medicamentos, insumos, elementos y servicios médicos, quirúrgicos y asistenciales no incluidos en el POS, ni costeados por las UPC, a favor de afiliados y beneficiarios suyos, en cumplimiento de fallo de acciones de tutela o autorizados por el Comité Técnico Científico.

Mediante auto del 30 de abril de 2014 el Juzgado administrativo consideró que, al tratarse de un asunto del sistema integral de seguridad social, era la jurisdicción laboral la competente, esta última diciendo que tampoco lo era enviándole a los juzgados civiles, en donde tampoco se asumió el proceso, afirmando que era la jurisdicción contenciosa administrativa la competente. (Cuaderno Conflicto).

Bien, al dirimir el conflicto el CSJ asignó el proceso a esta jurisdicción ordinaria laboral, quien obedeciendo lo decidido admitió la demanda adelantando las actuaciones propias de este proceso ordinario, luego en virtud del principio de perpetuatio juridiccionis, debe continuar y finalizar en ella, tal como ha señalado la CSJ. (Auto APL4036 DE 22 de junio de 2017, con ponencia de la Dra MARGARITA CABELLO BLANCO.)

No sobra agregar que la Corte Suprema en sentencia de tutela ***STL6738-2018 Radicación n.° 51022*** *del veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018) MP FERNANDO CASTILLO CADENA, agrega que variar la competencia contraría además el principio de confianza legítima. Allí se explicó*

" (….)

Aunado a lo anterior, es claro que con la decisión censurada el colegiado también transgredió el principio de confianza legítima de las partes, el cual se fundamenta en que las actuaciones que surjan están precedidas de un sustento y de la garantía de su cumplimiento, tal como quedó consignado en la sentencia C 131 de 2004, oportunidad en la cual la Corte Constitucional, expresó:

[…] un corolario de la buena fe [que] consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático.

Cabe precisar que el principio referido adquiere mayor relevancia en las actuaciones judiciales que desatan los citados conflictos de competencia, ***pues el Estado, actuando a través de las autoridades judiciales, debe brindar la mayor claridad y seguridad a los asociados, quienes depositan su confianza bajo el supuesto de que la Administración procede con la seriedad y responsabilidad debida.****"*

Finalmente, tal y como señaló la Juez la causal prevista en el numeral 1 solo contempla como causal de nulidad cuando el Juez actué en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción y competencia, lo que no sucede en este caso, sin que en verdad exista ninguna de las contempladas en el artículo lo que impone su rechazo tal y como lo contempla el inciso final del artículo 135 del CGP, sin que sobre agregar que UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, no propuso como excepción previa la falta de jurisdicción y competencia, exigencia de procedencia de la nulidad, pues si se funda en hechos que pudieron alegarse mediante este medio, debe ser rechazada de plano…"

En consecuencia, la Sala mantiene lo allí expresado toda vez que en este caso también el consejo Superior de la Judicatura, competente en su momento para definir los conflictos; en decisión de agosto 10 de 2017; efectivamente asignó a la competencia a la jurisdicción ordinaria laboral; **providencia que desde luego hace tránsito a cosa juzgada, contrario a lo afirmado por el recurrente,** pues no puede olvidarse que el título III del CGP es "EFECTO Y EJECUCIÓN DE PROVIDENCIAS"; estando la cosa juzgada ligada a la firmeza de la decisión que siendo del superior y decidiendo de **fondo sobre el asunto impide nuevamente plantear el asunto lo que definitivamente es lo que entraña la institución de la cosa juzgada.**

No sobra agregar que ya la Corte Suprema de Justicia también en sentencia SL 3748 de septiembre dos (2) de dos mil veinte (2020), MP GERADO BOTERO ZULUAGA señaló:

En ese sentido, debe advertir la Corte, que si bien el criterio que ha mantenido de manera reiterada en casos como el presente, es que la Jurisdicción Ordinaria Laboral no tiene competencia para conocer de los conflictos que se generen con ocasión al reconocimiento de derechos de los empleados públicos, que adquirieron dicha condición con ocasión a la escision del ISS ordenada por el Decreto 1750 de 2003, al pasar a formar parte de la planta de personal de una Empresa Social del Estado, lo cierto es que el presente asunto tiene una particularidad, como lo es que el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dirimió el conflicto de jurisdicción que se originó al haberse presentado el escrito

genitor ante un juzgado administrativo, determinando que el presente caso debía ser conocido por la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral y de la Seguridad Social.

Entonces, no podía pasar por alto el Tribunal, que la providencia del Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con independencia de que la compartiera o no, hizo tránsito a cosa juzgada, pues la misma se profirió de conformidad con las atribuciones consagradas en el numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Política, en armonía con el numeral 2 del artículo 112 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, con sujeción a los trámites y recursos legalmente preestablecidos, lo que implicaba entonces que tuviera fuerza imperativa; que debía ser acatada y que no era posible someter lo allí controvertido a un nuevo debate judicial*, que fue lo que en el presente caso aconteció, cuando el juez de apelaciones estimó:*

> […] resulta desacertado que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, no haya ponderado el elemento denominado "cambio de naturaleza jurídica de la entidad" (avalado constitucionalidad), para dirimir el conflicto de competencia disponiendo que el presente asunto era competencia del Juez Ordinario Laboral y no el Juez Administrativo, donde inicialmente fue presentada la acción jurisdiccional. Ello porque, al no demostrarse la calidad de trabajador oficial y siendo la ESE una entidad descentralizada cuyos servidores se presumen empleados públicos, excepto los dedicados al mantenimiento de la planta hospitalaria y los de servicios generales (Ley 100/93, art. 195 Ley 10/1990), la consecuencia no es otra que absolver a la parte demandada, dado que al determinarse que el actor, en calidad de MEDICO fue empleado público a partir del 26 de junio de 2003, su **"Juez Natural"** es el Contencioso Administrativo.

Sobre la institución de la cosa juzgada, regulada en el artículo 332 del CPC hoy 303 del CGP, preceptiva que resulta aplicable a los juicios del trabajo, por virtud de la remisión a que se refiere el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, vale la pena traer a colación lo que se dijo en la providencia CSJ SL 8658 - 2015:

> […]es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias.

En otras palabras «**la institución procesal de la cosa juzgada pretende que no se provoque un nuevo pronunciamiento judicial cuando quiera que él ya fue adoptado por decisión en firme, entre**

partes que jurídicamente son las mismas, sobre el mismo objeto y con fundamento en la misma causa*» (SL5472-2014), por lo que el Tribunal no podía tener como fundamento de su decisión, que el «* "Juez Natural" *» para conocer del presente asunto era el de lo Contencioso Administrativo, ya que ello implica un pleno desconocimiento a una providencia proferida por otra autoridad jurisdiccional en firme que, se insiste, ya había definido tal aspecto…."*

De igual forma en sentencia STL 15842 de 2022 MP IVAN MAURICIO LENNIS GÓMEZ, la corte al respecto señaló:

"*(…)*

Dicho conflicto lo decidió el Consejo Superior de la Judicatura en virtud de la competencia que le atribuía el numeral 2.º del artículo 112 de la Ley 270 de 1996, que luego fue modificado por el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015, precepto en el que se estableció que dicha función la desempeñaría la Corte Constitucional.

No obstante, no puede pasarse por alto que el parágrafo transitorio n.º 1 del artículo 19 del citado acto legislativo, previó que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ejercería sus funciones hasta el día en que se posesionaran los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, lo que ocurrió el 13 de enero de 2021.

En ese sentido, es claro que el conflicto de jurisdicciones lo decidió la autoridad competente para ello, dado que para la fecha en que se emitió el auto censurado 9 de febrero de 2017- la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura aún conservaba tal función, pese a la modificación que introdujo el Acto Legislativo 02 de 2015.*En ese orden, no cabe duda que la competencia la fijó la autoridad a la que constitucional, legal y reglamentariamente le fue encomendada tal labor. Por tanto, su decisión no podía incumplirse por la autoridad convocada bajo el pretexto que en recientes providencias se atribuyó la competencia a una jurisdicción distinta, pues ello quebranta el principio de seguridad jurídica y desconoce que en este caso la competencia se tornó definitiva, inmodificable e inmutable.*

En efecto, conforme al principio de inmutabilidad, al juez que se le ha asignado la competencia para conocer de determinado asunto no puede alterarla para sustraerse de su estudio, pues con ese actuar no solo vulnera el derecho al debido proceso de las partes, sino que también atenta contra la firmeza que revisten las decisiones judiciales, el principio de confianza legítima en las instituciones y el correcto y eficiente acceso a la administración de justicia.

Ahora, si bien la Corte Constitucional y esta Corte han señalado que el conocimiento de los procesos en los que se pretende el recobro de servicios de salud corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, lo cierto es que en este asunto se suscitó un conflicto de jurisdicciones que fue decidido por la autoridad competente para ello y conforme al criterio establecido en ese momento, de modo que no es posible aplicar un cambio jurisprudencial ulterior a una situación definida, ***pues ello transgrede la buena fe, la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso protegidos por la Constitución.***

Por lo expuesto se confirma la decisión de primera instancia, al ser acertada adecuada a la ley y a la jurisprudencia.

Costas a cargo de los recurrentes.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

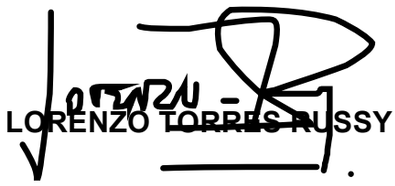
SEGUNDO: COSTAS, a cargo de los recurrentes.

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

De acuerdo con lo establecido en los arts 365 y 366 del CGP, inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salario mínimos legal vigente a cargo de cada uno de los recurrentes.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 29-2019-143-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: DARÍO CARRERA DUQUE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta y uno (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de diciembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas Colpensiones y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor DARÍO CARRERA DUQUE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad

y/o ineficacia de su vinculación con el RAIS, por existir vicio del consentimiento, declarando válida su afiliación a Colpensiones y como consecuencia de tales declaraciones, se ordene a la AFP Porvenir a trasladar el 100% de los aportes depositados en su CAI junto con rendimientos, cuotas de administración, pólizas de seguros y demás descuentos realizados a órdenes de Colpensiones, que se ordene a esta última a recibir los dineros objeto de traslado.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 15 de octubre de 1960, que ha cotizado al sistema general de pensiones desde mayo de 1981, que por una indebida asesoría por parte de un asesor comercial de la AFP Protección, decide trasladarse a ese fondo pensional para lo cual le indicaron que el entonces ISS iba a desaparecer y sus aportes se perderían, que no le indicaron el tiempo mínimo de permanencia para trasladarse de régimen, no le indicaron las diferencias entre el RAIS y RPM, ni cuál sería el monto de su pensión en cada uno de los regímenes, que estuvo 7 años vinculado con dicha AFP, sin que se le hubiera suministrado la información relevante a su traslado.

Refiere que el 28 de febrero de 2018, solicitó ante Protección el traslado a Colpensiones por falta al deber de información y copia de la asesoría brindada en el acto del traslado, frente a lo cual le indicaron que no contaban con registro de asesoría y le suministraron copia del formulario de afiliación e historia laboral, que en el año 2001 se traslada a la AFP Porvenir, AFP a la que también solicitó la anulación de su traslado, lo que le fue negado anexando una simulación pensional, que las afiliaciones a las AFP en comento no observaron el deber de información, al no señalarle entre muchas otras cuestiones relevantes que podía retornar al RPM cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Afirma por último que su IBL es superior a los 5 SMLV, que no conoció de las características del RAIS y solicitó ante Colpensiones en el 2018 su retorno al RPM, la cual fue negada por encontrarse en la prohibición de traslado de

régimen en atención a su edad, que no le indicaron que su mesada pensional en el RAIS sería inferior a la que recibiría en el RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 26 y 27 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los No. 17 a 19 y 26, negó los No. 7, 8, 10, 20, 21, 28, 29 a 31, 32, 34 a 36 y 38 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de obligación, buena fe.

PROTECCIÓN S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 1, 9, 11 a 15, 26 y 33, negó los No. 21 a 23, 25, 31, 32, 35 y 36. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de perjuicio causado por Protección S.A., declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de capital acumulado en la CAI del demandante y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: *DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que hiciere el señor DARÍO CARRERA DUQUE ante Protección S.A., el 5 de diciembre de 1994. En consecuencia,*

DECLARAR que para todos los efectos nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM.

***SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

***TERCERO: ORDENAR** a Colpensiones recibir de PORVENIR S.A. dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante. (…)*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no existía duda respecto de la afiliación del demandante primero al RPM, posteriormente al RAIS por intermedio de las AFP Protección y Porvenir S.A., en el año de 1994; habiendo lugar a determinar si dicho traslado al RAIS se tornaba válido. Señaló que la Ley 100 de 1993, había creados 2 regímenes pensionales que obedecían a características diferentes de acuerdo con las cuales, aplicadas a un afiliado en particular, le podían resultar ventajosas o desventajosas, que a partir del año 2008, la Corte Suprema de Justicia había creado línea jurisprudencial en donde detallaba las obligaciones que comportaba dicho deber de información, que existía desde la creación de las AFP y la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, como también entre otros aspectos importantes, que la firma de formulario de afiliación, no daba cuenta de un consentimiento informado en el acto del traslado; que dicho deber había venido evolucionando pasando en el año 2014 al del buen consejo y para el 2015, se había adicionado el deber de doble asesoría.

Que dicha línea jurisprudencial venía siendo reiterada hasta la actualidad por la Corte Suprema de Justicia y siendo que en el plenario la única prueba que obraba respecto de dicho acto, era el formulario de afiliación del año 1994 suscrito por el actor ante Protección S.A., cuando había entrado a regir la Ley 100 de 1993, momento para el cual existía el deber de información y debía ser probado en juicio, ya que la sola afirmación en tal sentido no era suficiente y al respecto del interrogatorio de parte, no se derivaba confesión alguna respecto a que el demandante haya recibido la información en los términos señalados, siendo claro que no se había demostrado el suministro de la información al actor para dicha data, no pudiéndose predicar que la permanencia de este en el RAIS, convalidaba la omisión en el deber de

información; razón por la cual, siguiendo el criterio jurisprudencial en cita, ante la falta de demostración del deber de información en el acto del traslado pensional bajo estudio, debía declararse la ineficacia del mismo con el consecuente traslado de aportes y rendimientos, no habiendo lugar a disponer la devolución de los gastos de administración, pues ellos estaban contemplados en ambos regímenes y no se podía desconocer la gestión de las AFP privadas en el manejo de los aportes de la demandante, que no había lugar a condena en perjuicios solicitada, pues no se había probado la existencia de los mismos.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** señaló que se debía adicionar el numeral que ordenó el traslado de los recursos, incluyendo lo descontado por concepto de gastos de administración, ya que la línea jurisprudencial al respecto había sido clara en señalar que ello era una consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, que dichos gastos desde siempre debieron ingresar al RPM.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor DARÍO CARRERA DUQUE, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inicialmente mediante formulario suscrito con Protección S.A., el 5 de diciembre de 1994, documental que fue allegada al plenario digital por dicha AFP.

En este orden, la figura de la ineficacia, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de

pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente, contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta

respecto que al señor Darío Carrera, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual y contrario a lo manifestado por Porvenir en su recurso y alegaciones, en el presente no obra prueba del cumplimiento del deber de información y el acto de traslado bajo estudio, no se puede considerar libre y voluntario cuando el demandante no conocía las incidencias del mismo.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de*

2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

De otra parte y contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio alguno en su consentimiento o perjuicio que se le haya causado con su traslado al RAIS, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora bien, conforme lo manifestado por Colpensiones en su recurso, se observa que la decisión de primer grado no ordenó el traslado de lo descontado por gastos de administración, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

> *También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración*** *debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso se dispondrá **modificar** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida para en su lugar ordenar a PORVENIR S.A., como actual fondo administrador de los aportes efectuados por el demandante, trasladar junto con dichos aportes y sus rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994,** resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado dispuesta en la decisión de primer grado, siendo pertinente indicar que el hecho de que el actor esté inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen, nada impedía que promoviera esta acción para solicitar la ineficacia del mismo, ya que la misma es de carácter imprescriptible.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí descrito, debe comprender lo descontado por concepto de gastos de administración.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 35-2021-477-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: YANETH MOGOLLÓN MENDOZA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor David Ricardo Guillén, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Nedy Johana Dallos, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de enero de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades de seguridad

social demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora YANETH MOGOLLÓN MENDOZA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación que efectuara al RAIS en marzo de 1995 a través de la AFP Porvenir por existir engaño y asalto en su buena fe; como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene a Porvenir SA., retornar al RPM todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de su afiliación al RAIS, ordenando a Colpensiones recibir los mismos y mantenerla como su afiliada.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre el 1 de agosto de 1985 al 31 de enero de 1995 estuvo afiliada al ISS, que para el año de 1995, contaba con 298 semanas cotizadas a ese Instituto y en el mes de marzo de dicha anualidad, se encontraba laborando para Aguilera Isaza y Cía. S.A.S., lugar donde se presentaron los asesores de la AFP Porvenir S.A., quienes le indicaron que el ISS se acabaría perdiendo las cotizaciones que había realizado hasta ese momento, que afiliada al RAIS tendría mayores rendimientos, podría pensionarse a cualquier edad, que no se le informó sobre el derecho que tenía a retractarse de su afiliación al RAIS y con ocasión de tales afirmaciones, decide trasladarse a dicha AFP.

Afirma que cuenta con 1503 semanas cotizadas a septiembre de 2021 y en esa anualidad solicitó ante Colpensiones la declaratoria de la nulidad del traslado al RAIS, la que le fue negada, de igual manera procedió ante Porvenir obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2,

10 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar el RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el contenido en numeral 6, manifestó no constarle el No. 1 y 2 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: *DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la demandante al RAIS a través Porvenir S.A., ordenando a esa AFP a trasladar a Colpensiones todos los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con rendimientos.*

SEGUNDO: *ORDENAR a la AFP Porvenir S.A., asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración durante el tiempo en que permaneció afiliada la actora a cada una de las AFP.*

TERCERO: *CONDENAR a Colpensiones a volver a afiliar a la demandante al RPM y recibir todos los aportes objeto de traslado.*

CUARTO: *CONDENAR en costas a Porvenir S.A.*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que lo pretendido era la ineficacia de traslado al fondo Porvenir S.A., por falta al deber de información, a lo que las demandadas se habían opuesto indicando que le brindaron a la demandante la información referente a su traslado, esto es, sobre los aspectos generales del RAIS y que su traslado fue voluntario sin que tuviera lugar ningún vicio en el consentimiento en dicho acto. Indicó el juzgador que no se pretendía la aplicación de los efectos de las sentencias C 789 de 2002 o la C 1024 de 2004, ni en la SU 062 de 2010, conforme al

documento de folio 84 del expediente, la demandante se trasladó al régimen de ahorro individual en febrero del año 1995, a través de Porvenir S.A.

Que en virtud de lo pretendido había lugar a aplicar la línea jurisprudencial en cuanto al deber de información en el traslado de régimen pensional proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que no se aplicaba de manera automática, sino que había lugar a estudiar el caso particular de la demandante, por lo que Porvenir S.A., en virtud de la inversión de la carga probatoria, tenía el deber de demostrar haberle brindado toda la información necesaria a la señor Mogollón para que adoptara la decisión que le fuera más favorable, en cuanto al régimen al que quería estar afiliado, siendo esta la administradora la que promovió el traslado del RPM al RAIS, ya que tal afirmación de no recibir información correspondía a un supuesto negativo y así lo dijo dicha corporación en la sentencia 31314 de septiembre de 2008, el 30 de julio de 2014, en sentencia 46902 en la que reiteró que la distribución de las cargas de la prueba ha hecho tránsito a un esquema más flexible, basado en que quien tenga en su poder una prueba, se espera que la aporte y esté en el deber de allegar al juicio con mayor razón si ella le resulta favorable. La afiliación al régimen, entonces, conllevaba el derecho a la información y el de que se brinde un estudio integral, dándole a conocer a los afiliados las ventajas y desventajas, teniendo cuidado en no menoscabar los derechos a la seguridad social, y llegando incluso a poner de presente condiciones más desfavorables, así las sentencias 31988 y 31314 de 2008, reiterada posteriormente en la 33803 de 2011 y en la SL818 de 2021, se había indicado que la información debe comprender todas las etapas del proceso, las administradoras de pensiones entonces tienen el deber de darle al interesado una información completa y comprensible a la medida de la simetría, entre un experto y un afiliado lego en materias complejas como las pensiones, y esta información, insiste la Corte, se hace con la prudencia de quien sabe el alcance de que el potencial afiliado pueda tener, cuando se tratan de asuntos de consecuencias mayúsculas, para elegir el régimen en el cual debe de estar afiliado, el engaño entonces que se alega, es el deber de información en que incurrió la administradora en asunto neurálgico como lo es el derecho a pensión,

insiste la Alta Corporación que dicho deber no se limita a la firma del formulario, ya que este no refleja el pleno conocimiento de las implicaciones del traslado de régimen.

Indicó conforme lo anterior que Porvenir no había probado haber suministrado la información en los términos señalados a la demandante, concluyéndose que la misma no había contado con la información relevante al respecto; habiéndose configurado ineficacia en la afiliación en los término anotados por la Corte Suprema de Justicia; es así como al no haber probanza del deber de información por parte de las AFP convocadas, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación realizada por esta y frente a los efectos de dicha figura la Corte había indicado que su consecuencia era no producir efectos, no pudiéndose derivar ningún derecho entre la actora y la AFP demandada, debiendo entonces Porvenir asumir los gastos de administración durante el tiempo de afiliación de la demandante y efectuar el traslado de los aportes junto con rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones y debía asumir con su propio patrimonio la disminución del valor en la mesada pensional de la demandante, debiendo Colpensiones recibir como afiliado al actor al régimen que administra.

RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones indicó que conforme los presupuestos jurisprudenciales, la seguridad social era un derecho autónomo y las normas de su estatuto estaban contenidas en la Ley 100 de 1993, las que regulaba íntegramente el acto de afiliación del régimen pensional, consagrando que en caso de tornarse ineficaz la afiliación a este, se debían observar los presupuestos del artículo 271 de dicha norma, que cualquier daño que se causara al afiliado por desinformación, debía ser resarcido por la AFP que promovió la afiliación, en los términos del Decreto 720 de 1994, vigente para el año 1995, data para la cual la actora se traslada al RAIS, siendo entonces Colpensiones ajena a esa afiliación, razón por la cual, no debía asumir ninguna condena derivada de la falta al deber de información que estaba a cargo únicamente de las AFP. Que conforme las sentencia C – 1024 de 2004, SU 062 de 2010, la Corte Constitucional había indicado que en materia de traslado, nadie podía

resultar beneficiado a costa de los recursos ahorrados por los otros afiliados al RPM, pues ello conllevaría a una descapitalización de dicho régimen, poniendo en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados; solicitó de ser confirmada la decisión, autorizar a Colpensiones a obtener el valor de los perjuicios ocasionados con la orden impartida en sentencia.

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó en su recurso que si bien existía un precedente jurisprudencial en materia de afiliación, este igualmente había señalado que se debía estudiar cada caso en particular y para el de la demandante, se habían cumplido a cabalidad todos los requisitos para considerar de manera libre y voluntaria la afiliación de esta, esa AFP para el efecto, le había suministrado toda la información relevante de manera verbal en el acto de traslado, por lo que en virtud de la inversión de la carga de la prueba se habían allegado el formulario de afiliación y una comunicación a la que se le había invitado a la demandante a una reasesoría previo al cumplimiento de los 42 años de edad, oportunidad en que pudo haber ampliado y corroborado la información que le fuera suministrada en el año 1995 y tomar la decisión de continuar o no afiliada a esa AFP.

Que el actuar de esa AFP ha sido de buena fe y no se ha coartado ningún derecho de la demandante a escoger régimen pensional, que a ella también le asisten deberes como consumidora financiera conforme el Decreto 2241 de 2010, el que consagra el deber de los afiliados de informarse y mantener actualizados sus datos de contacto. Que no debía condenarse a devolver las sumas por gastos de administración y seguro previsional, ya que la figura de la ineficacia contemplaba que las cosas se debían retrotraer a su estado inicial y por ello los rendimientos al ser exclusivos del RAIS, ponían en una situación distinta a la demandante en caso de haber permanecido en el RAIS, que la Ley 100 consagraba dichos rubros y la Superintendencia Financiera había indicado que estos no debían ser objeto de retorno en caso de declaratoria de ineficacia, siendo que las sumas por concepto de seguros ya no estaban en poder de la AFP, lo que generaría un detrimento patrimonial a la AFP.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora YANETH MOGOLLÓN, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., en febrero de 1995 como se verifica de copia de dicha documental allegada por la parte demandante y la AFP en mención.

En este orden, la figura de la ineficacia, ha sido objeto de estudio por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que ha indicado respecto de dicha figura en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas

entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contario a lo señalado por Porvenir S.A. en su recurso, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Yaneth Mogollón, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., a la que se trasladó la demandante proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*

(i) 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 -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

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

(iii) La aseveración del afiliado 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, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de la recurrente Porvenir S.A., según la cual, para la fecha de traslado de la demandante a las administradoras del RAIS, no le

asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

De igual manera y si bien como lo indica Colpensiones en su recurso, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y el afiliado está relevado de probar la existencia de perjuicio alguno.

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en su recurso como en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.

Por otra parte y en cuanto al argumento de Porvenir S.A., esbozado en su recurso y alegaciones referente al traslado de los gastos de administración y primas de seguro previsional, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado como lo indicara el juzgador de primer grado y en caso de que los mismos ya hayan sido destinados, esta administradora debe asumirlos con su patrimonio como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración*** *debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose confirmar la declaratoria de ineficacia dispuesta en la decisión de primer grado.

Por último, a juicio de esta Sala y conforme lo señalado por la recurrente Colpensiones, esta administradora puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 37-2020-595-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: JENNY ROCIO GARZÓN MEDINA
DEMANDADO: BLUECARE SALUD SAS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

P R E T E N S I O N E S

JENNY ROCIO GARZÓN MEDINA, mediante apoderado, instauró demanda contra **de BLUECARE SALUD SAS** para que, mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se le condene a pagar indemnización por despido injustificado, según el artículo 64 del CST, al pago de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, al pago de perjuicios morales. En forma subsidiaria se le condene a reintegrarla al cargo de enfermera jefe, pago de salarios prestaciones sociales, vacaciones hasta que se haga efectivo el reintegro (Expediente Digitalizado).

En síntesis, como fundamento de las pretensiones afirma que: "… *la demandante ingresó a laborar con Café Salud Medicina Prepagada el día 04 de noviembre de 2008, el día 01 de enero de 2018, se realizó sustitución patronal con MEDPLUS CENTRO DE RECUPERACION INTEGRAL S.AS, actualmente BLUECARE SALUD S.A.S., con quienes laboró hasta el día 28 de enero de 2020, que la demandante se desempeñaba en el cargo de Enfermera Jefe, con actividades netamente administrativas, como manejo y control de personal de enfermería, manejo del aplicativo sivigila, programación de vacaciones, permisos, asignación de servicios, capacidad instalada entre otras funciones administrativas, que la demandante laboró 4.045, días, que el pasado cinco de diciembre de 2019 fue citada a diligencia de descargos por parte de MEDPLUS CENTRO DE RECUPERACIÓN INTEGRAL S.AS, en calidad de empleador, que en esa diligencia, se informó la apertura de una investigación por un presunto incumplimiento grave de las obligaciones que se encuentran a su cargo, específicamente la de supervisión del inventario de los carros de paro, en razón a hechos que allí se narran, que dentro del trámite disciplinario se realizaron dos diligencias de descargos, una el 05 de diciembre de 2019, en la cual la demandante manifestó, que no existía manual de funciones para el cargo de enfermera jefe administrativa y que tenía asignado el inventario del carro de paro, que en la segunda diligencia de descargos, la cual acaeció el 9 de enero de 2020, en la cual se ejerció, por parte de la demandante, su derecho constitucional y legal a guardar silencio, derecho que fue interpretado en su contra, indicando en la terminación del contrato, que al guardar silencio se allanó a los cargos disciplinarios, que el día 28 de enero le fue notificado por escrito la terminación del contrato por causa justificada, como consecuencia del trámite disciplinario, tal cual como se evidencia en el escrito de terminación del contrato de trabajo con justa causa, que el día 31 de enero de 2020, la demandante presentó por escrito, recurso de apelación contra la decisión, que dentro el escrito de terminación se dice que incurrió en una falta grave y se utilizaron los testimonios de las enfermeras jefes GRETHEL RIVERA RODRIGUEZ y JENNY ANDREA VERA, adicionalmente motivan la decisión en las documentales que utilizó el empleador en las diligencias de descargos y manifiesta que no se hizo uso del derecho de contradicción por guardar silencio en la diligencia de descargos del 9 de enero, tomándolo como una situación grave en contra de mi mandante, que al recurso de apelación interpuesto dieron respuesta el día 20 de febrero de 2020, indicando que la terminación del contrato de trabajo NO es una sanción disciplinaria sino la consecuencia de la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo en los términos establecidos en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social. Así las cosas, es evidente la violación del debido proceso por parte de MEDPLUS CENTRO DE RECUPERACIÓN INTEGRAL S.AS. actualmente BLUECARE SALUD S.A.S., quienes le dieron un manejo arbitrario a la situación con la única finalidad de terminar injustificadamente el contrato de trabajo….."* (Expediente Digitalizado).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones, asegurando que existió grave incumplimiento de las obligaciones por lo cual el contrato de trabajo terminó sin justa causa. En cuanto a los hechos aceptó el primero, en cuanto al vínculo, negó que el contrato fuera de enfermera jefe con funciones netamente administrativas, aceptó el tercero y el

catorceavo, parcialmente el décimo y el decimotercero. Propuso la excepción previa denominada ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones y las de fondo que denominó inexistencia de obligaciones a cargo de demandado y cobro de lo no debido, inexistencia de elementos que configuren una terminación de contrato de trabajo sin justa causa, buena fe, falta de causa. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el once (11) de febrero de dos mil veintidós, (2022), por la que resolvió:

"…PRIMERO: CONDENAR a la empresa demandada BLUECARE SALUD S.A.S. a reconocer y pagar a favor de la demandante señora JENNY ROCIO GARZON MEDINA la suma equivalente a $27.320.800 por concepto de la indemnización por despido en los términos de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, valor que deberá ser pagado de forma indexada calculado desde el momento de exigibilidad de la obligación hasta el momento en el que se presente el pago efectivo de la misma, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.
SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de buena fe y en tal sentido absolver a la demandada BLUECARE SALUD S.A.S. de la pretensión relacionada con el reconocimiento de la indemnización moratoria, así como las demás interpuestas en su contra de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. TERCERO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas…"

Para llegar a esa conclusión afirmó en síntesis la Juez "…*En primera medida respecto a la existencia de la relación laboral entre las partes, la misma se encuentra plenamente acreditada y no fue tema de controversia en el presente proceso, pues al efecto, se aceptó que entre ellas existía un contrato de trabajo a término indefinido, vigente desde el 4 de noviembre de 2008 hasta el 28 de enero de 2020, designación última, la suma de $3.464.176 pesos pagaderos en forma mensual desempeñando el cargo de enfermera jefe. Esto que además se ratifica por los documentos visibles en el plenario, que corresponden al contrato de trabajo suscrito entre las partes. Definido lo anterior entonces, debo determinar la procedencia o no del reconocimiento de la indemnización por despido a la luz de lo dispuesto por el artículo 64 del CST; al efecto la posición reiterada y pacífica por parte de la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria que para el estudio de la aludida indemnización le corresponde al trabajador demostrar el hecho del despido una vez acreditado, le corresponde al empleador acreditar la comisión de la justa causa invocada para su terminación. Pues entonces, en esos parámetros se tiene que la parte actora cumplió en el presente asunto con la obligación a su cargo, pues al efecto se admitió y por tanto, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue finalizada de manera unilateral por parte de la demandada a través de la comunicación del 27 de enero del año 2020. Hecho que además se acredita con el documento a folios 3442, documento que fue debidamente notificado a la demandante. En la aludida comunicación de manera muy sucinta, luego del*

recuento de la diligencia de descargos enviada por la demandante, se motivó el hecho del despido del hecho de que para la empresa es claro que la demandante incurrió en un grave incumplimiento de sus deberes y obligaciones laborales, de manera específica, en razón al incumplimiento del proceso de supervisión del inventario de carro de paros pues se acreditó por auditoría realizada que se encontraron medicamentos, dispositivos médicos y material estéril vencidos, luego se indicó que la conducta de la empleada desconoció las obligaciones que le competían de acuerdo con los numerales primero y cuarto de la cláusula del contrato de trabajo, al no ejecutar las labores propias de su cargo en cumplimiento de las funciones a ella asignada al efecto. Consideran que se probó con las declaraciones de las otras jefes de enfermería que a ella se le impartió la orden de cuidar del inventario del carro de paro por parte de quien logró de manera pretérita como coordinadora médica, la doctora Eliana Patricia rincón Muñoz. Fue en esas condiciones prácticas que se invocó entonces la causal de despido, en los términos del numeral 6 literal del artículo 62 del CST por el incumplimiento de las obligaciones en consonancia con el artículo 58 del CST, esto es por violación al cumplimiento de las obligaciones contractuales, hecho que además fue calificado como grave en el contrato de trabajo. Así las cosas, ya he determinado los hechos constitutivos del despido debo aclarar que la parte actora se opuso a su configuración, pues considera que a ella no le fue asignada de manera específica la obligación del inventario del carro de la entidad ni de manera física, sin partidos a orden y de manera verbal, pues sus funciones, señaló, eran netamente administrativas sin que estuviera esa función a ella, pues considera que le competía a las Jefes de enfermería que prestaban el servicio en el área asistencia. Así las cosas, de las tesis presentadas por las partes y de acuerdo a la causal invocada, cada despido corresponde entonces determinar un factor relevante, la demostración del cumplimiento de la obligación específica del inventario del carro de paro al respecto reconoce, para poner en conocimiento en el estudio de las razones y analizar las mismas, debo advertir que obra en el plenario el instructivo de manejo del carro del paro de fecha 12 de septiembre de 2018 visible en a folios 328, 334.En el documento aludido se describe que el carro de paro es una unidad de móvil compacta que, asegura, garantiza e integra los medicamentos necesarios para atender en forma inmediata una emergencia médica con amenaza inminente de la vida por paro cardio respiratorio en los servicios asistenciales, en el numeral 5.2. quedó establecido cómo se realizaría el inventario del carro para tal efecto la auxiliar de enfermería debe realizar en forma diaria la revisión del candado y las condiciones del carro; la jefe de enfermería es la encargada de revisar que dicho documental se hubiera realizado en debida forma con el lleno del formato respectivo. En forma mensual se establece que se ordena realizar la revisión detallada de los medicamentos y su fecha de vencimiento en el numeral 5.4. Se determina que son las jefes de enfermería quienes tienen que revisar los elementos médicos a 11. ***De acuerdo con lo anterior, entonces queda acreditado que el personal encargado de realizar la revisión diaria mensual del carro de paro eran las Jefes de enfermería, circunstancia particular o conclusión que de manera inicial no permite determinar con claridad la responsabilidad específica de dicha labor en cabeza de la demandante, pues en el lugar de prestación personal del servicio existen tres jefes de enfermería, dos en temas asistenciales y la demandante encargada del área administrativa. Es decir, que, si bien del documento se determina la obligación a cargo de las jefes de enfermería, no queda claro a cuál de ellas se le encomendó dicha función.*** *Al efecto de manera relevante se escucharon las declaraciones de las jefes de enfermería asistencial, señora Jenny Andrea Vera y Gretel Rivera Rodríguez. En sus declaraciones se destaca que manifestaron al unísono tanto*

la investigación interna de la empresa como la declaración rendida que dicha labor la debía cumplir la demandada, por cuanto esa función en forma específica asignada por la señora Eliana Patricia Rincón Muñoz desde el año 2017, quien para este periodo se desempeñó como coordinadora médica en la entidad demandada. ***Al efecto de particular importancia, téngase en cuenta que la novedad la señora de Eliana Patricia Rincón Muñoz, fue citada al proceso para rendir la declaración y en la versión que en el proceso negó que hubiera asignado a la demandante de manera específica la labor de revisión mensual del carro de paro. Por el contrario, cómo fue resaltado en los alegatos de conclusión, la testigo determinó que asignó dicha función a las jefes de enfermería de carácter asistencial.*** *Dicha manifestación resulta de vital importancia en el proceso, pues lleva a desestimar la información rendida por las testigos, perdiendo así certeza indicado por ellas, tanto en este proceso como en el trámite administrativo, pretende la parte demandante, acreditar que, contrario a lo dicho por la testigo, la asignación de dicha función puede verificarse a través de los correos electrónicos aportados por ella al despacho, los cuales serán analizados a la luz de lo dispuesto por el artículo 10 y siguiente en los términos de la ley 527 de 1999 teniendo en cuenta que no existe discusión sobre su elaboración y recepción en consecuencia del análisis respectivo debo advertir que no comparto los argumentos presentados por la demandada en el sentido de que a mi leal saber y entender de dichos documentos, no puedo inferir ni determinar configurada la responsabilidad directamente asignada a la demandante. Así las cosas, el correo electrónico del 10 de enero de 2008 fue remitido por la Sra. Viviana Neva Usa, Jenny Marisol Romero Peña, John Jairo Delgado Guerrero con copia a Liliana Patricia Rincón, Ingrid Johana Correal Martínez y Carlos Gabriel Serna Figueroa. La documental hace alusión a la información relacionada con el carro de paro a fin de que se socializará con el personal a cargo de los destinatarios del mensaje, documento este que ya fue analizado con anterioridad de cual participó la demandante y del cual no se infiere que se le hubiera asignado a ella en forma específica el cumplimiento de dicha función, pues el mensaje, el contexto analizado corresponde una finalidad socializadora al interior de la empresa. En el correo del 31 de mayo de 2018, el asunto de referencia era documentos intranet daruma, remitió la señora Johanna Torres Guzmán a la demandante, la señora Elena Patricia rincón Muñoz, Carlos Gabriel Serna y Rudy Patricia Arias, en ese documento se compartió el listado de documentos que fueron migrados desde el área de calidad en salud en los que se observan formatos que tienen relación con la supervisión de los inventarios del carro de pago. De hecho, que no puede referir, no puede dar a concluir que a través de él se hubiera asignado de manera directa y en forma exclusiva a la demandante dicha función, pues se dispuso su revisión por parte de ella, hecho del que no puede inferirse cosa distinta a que dada la naturaleza de las labores administrativas que ejercía debía revisar los formatos establecidos para la supervisión de los carros de paro, pero reitero se puede entender encomendada a la hora en forma directa y específica. Por último, respecto al correo del 28 de octubre de 2018, el asunto se fijó como carro de paro, fue remitido, por el señor San José Lara coordinador de farmacias a la señora Helena Patricia Rincón Muñoz, Patricia Rocío Barrantes Vargas, Yeimy Liliana Corredor Poveda y Jorge Mario Díaz, en ese documento es informan la realización del inventario mensual del carro de paro con acompañamiento como respuesta a ese correo, la coordinadora Eliana Patricia Rincón refiere ver efectuada la indicación a la jefe Jenny para que requiriera el acompañamiento del área farmacéutica que se efectuará con Adriana Martín, de ese documento tampoco resulta válido inferir de manera clara y unívoca que la demandante se le hubiera asignado la función de supervisión mensual del carro de paro pues lo*

único que puede advertirse es que la señora Eliana como coordinadora del comité indicó a la jefe demandante que requiriera el acompañamiento del servicio farmacéutico para la realización de la supervisión, pero de ello no puede concluirse que ella era la encargada de tal supervisión como se pretende hacer entender por parte de la demandada. Así las cosas, documentos antes aludidos, considero de manera respetuosa que no pueden ir en contra de la manifestación directa realizada por la Sra. Eliana, quien, de manera clara, señaló que no asignó a la demandante la labor que le fue reprochado por la empresa, razón de peso que me lleva a desestimar el mayor rigor que se pretende asignar a la valoración de la prueba documental antes referida, lo cierto es que al contrastarla con la manifestación directa por la testigo, no hay lugar a probar que esa función fuera asignada a ella, que dé lugar a determinar su cumplimiento. Hecho que tampoco puede determinarse cumplido ni probado con la declaración de la señora Lorena, coordinadora médica con posterioridad pues tampoco y así lo advirtió, conoció de manera directa que se le hubiera impartido directriz a la demandante en ese sentido, pues al efecto la conclusión que hace es de la valoración de lo dicho por las jefes de enfermería; en consecuencia, del análisis de los descargos rendidos por la demandante, tampoco puede colegirse la constitución de confesión judicial frente al cumplimiento de su obligación, pues en todo caso les negó que el hecho de guardar silencio en la ampliación de la situación a descargos puede entenderse como una aceptación de la conducta. Pues si bien en sede administrativa se correspondió a un acto particular que dio lugar a soportar la decisión asumida, nada impide a la parte actora alegar los hechos ante la jurisdicción ordinaria que sirve como mecanismo de defensa y garantía del debido proceso, sobre todo cuando la decisión como lo resaltó la empresa demandada no obedeció a un resultado del procedimiento disciplinario, sino una decisión unilateral de finalizar el contrato de trabajo, razón por la cual dicha circunstancia particular es viable y factible, alegarla y acreditarla en este proceso conflictivamente se realizó. ***En ese orden de ideas, considero, de la valoración probatoria que no hay lugar alineando con los argumentos presentados por la demandada, pues no se puede determinar de su valoración, que se le hubiera imputado cumplimiento particular de la obligación relacionada con la revisión del carro de paro, puesto que nunca hubo claridad de quién era la funcionaria responsable del cubrimiento de la obligación del carro de paro, que bajo lo entendido existen tres jefes de enfermería, incertidumbre, respecto de la cual no puede determinarse entonces en cabeza de la demandante el cumplimiento de la obligación, quiero advertir que con la definición anterior no quiero desconocer la gravedad de no actualizar los medicamentos vencidos, lo que advierto es que la entidad demandada, a juicio de este funcionario judicial, no acredita a través de los elementos de juicio que estos hechos pueden ser imputados de manera directa a la demandante, pues no se determina en ningún manual de funciones por lo menos antes de la fecha de los hechos reprochados, así como tampoco a través de prueba alguna que a ella hubiera sido impuesto,*** *que tan razonable es pretender determinar a la demandante como responsable de esa obligación por función de control de los medicamentos, como también lo es, considerar que quienes hacían uso diario del carro de paro de manera asistencial tenían la obligación de realizar su supervisión bajo el entendido de su actividad asistencial como jefe de enfermeras por lo tanto, de dicha inferencia cómo se plantean en los alegatos de conclusión. No puedo concluir la responsabilidad de la demandante, así como tampoco la luz y valoración del acervo probatorio, lo que me permite entonces determinar que no queda acreditada la causa del despido, que da lugar a la prosperidad del reconocimiento de la indemnización, que trata en el artículo 64 del CST, razón*

por la cual a la luz de la debida norma procedo a concretar el valor de condena para ello, entonces, advierto que la demandante se encuentra contemplada en las condiciones indicadas en el literal a, esto es, de salario por el primer año, 20 días subsiguientes y de manera proporcional, teniendo en cuenta que la demandante se vinculó al servicio de la empresa el 24 Noviembre del año 2008, se determina entonces el reconocimiento y pago de la indemnización por despido por la suma de $27.320.801, cifra que correspondió a determinar el valor del primer año en el último salario devengado $3.464.176 y por los años subsiguientes $2.309.451 y lo proporcional por lo recibido por el servicio prestado entre 2019 y 2020, equivalente 6.6 días así, en los términos indicados y determinado el algoritmo que les corresponden se impartirá entonces condena en contra de la empresa demandada advirtiendo que dicho valor deberá ser reconocido de manera indexada desde la fecha de su causación hasta el momento en que se realice el pago efectivo de la obligación.Definido lo anterior procede al estudio de la otra pretensión principal relacionado con el reconocimiento de la indemnización moratoria para ello advierto que en el artículo 65 CST establece que cuando el empleador no satisface con el pago de los salarios y prestaciones sociales al finalizar el trabajo se corre el riesgo de acudir a la indemnización moratoria allí contemplada, sin embargo por tratarse de una sanción en el ordenamiento jurídico deben analizarse sus actuaciones para determinar si estuvo o no inmerso en un actuar de buena fe, se encontraría exonerado de la imposición de dicha indemnización de acuerdo con lo anterior entonces se tiene por acreditado que el contrato finalizó el día 28 de enero del año 2020, a la luz de lo dispuesto en el artículo 65 del CST, debo aclarar que allí no se determina un término plazo para el pago, razón por la cual admite la interpretación de si debe pagarse al día siguiente o si por el contrario existe un término razonable para realizar las operaciones y realizar el pago efectivo frente a dichas opciones interpretativas, acogiendo la finalidad establecida en el artículo primero del código sustantivo del trabajo es buscar la paridad en las relaciones sobre patronales. Advierto que es admisible tener en cuenta en dichas relaciones, es un término prudente para efectos de calcular y proceder al valor determinante en este asunto en particular, el pago efectivo de la obligación se realizó el día 27 de febrero del 2020 es decir 30 días después de terminada la relación laboral, acto respecto al cual reitero, considero que es un término prudente para el cálculo y pago efectivo de las respectivas obligaciones, sin que con ello se evidencia un actuar dirigido a desconocer los derechos de la demandante; en ese orden de ideas, consideró que cumplido y honrada la obligación en la fecha anteriormente indicados queda acreditado el proceder de buena fe de la empresa demandada que no da lugar a la imposición de la indemnización moratoria, resuelta de manera desfavorable la indemnización moratoria pues advierto que tampoco hay lugar al reconocimiento y pago de los prejuicios materiales y morales solicitados en el proceso advirtiendo que, si bien fueron indicados en la indemnización moratoria, haciendo incluso la interpretación extensiva frente a reconocimiento de perjuicios derivada de la indemnización por despido debo advertir que la misma debe estar soportada bajo material probatorio, el cual no se acredita en el presente plenario y si bien en los alegatos de conclusión se presentan unos alegatos que pueden dar lugar a inferir o presumir dicha afectación y ella no resulta suficiente para configurar la causación y la procedencia de los perjuicios solicitados en ese orden de ideas impondré absolución, pero el resultado de la decisión y la pretensión principal, pues no procederá al estudio de las pretensiones subsidiarias en los términos indicados, entonces declararé probada la excepción de buena fe advirtiendo que de su prosperidad se impartirá absolución de la indemnización por despido no declaro probada las demás excepciones para ello sumo los argumentos que presentamos a lo largo

de la diligencia por el resultado de la decisión impondré costas a la empresa demandada para tal efecto, vio como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente. Así se decidirá en mérito de lo expuesto el juzgado 37 laboral del circuito de Bogotá.

Inconforme con esta decisión la demandada interpuso recurso de apelación afirmando: "…*No se dio la valoración probatoria adecuada del total de recaudo de las pruebas aportadas al proceso. máxime, cuando el testimonio rendido por parte de la señora Eliana Rincón fue contradictorio en su decir y al final del interrogatorio, ella termina admitiendo que no tenía claro si dio o no dio la instrucción, esta razón está más que suficiente para no darle toda la acreditación que se le está dando el valor y rigor probatorio con el peso de generar una sentencia desfavorable en contra de mí representada, luego dicho testimonio ya no puede ser valorado de forma determinante y, en consecuencia, se debe acudir de forma complementaria a valorar las demás pruebas y recaudos recogidos, como fueron los testimonios de las compañeras de ella, las documentales aportadas, el manual y la instrucción que se aportó al despacho y el cual ella misma elaboró, procesó, revisó y fue aportado al proceso sin que hubiera habido una tacha respecto de ella.* ***Luego se desconoció que se aprobó de forma unilateral que la responsabilidad del mantenimiento de estos medicamentos del carro de paro estaba en cabeza de la demandante y no estaba en cabeza de las 3 enfermeras jefes****, como se manifestó en el fallo, esto tiene todo un acervo probatorio que se integra y que de manera misma se dijo en los testimonios y se evidenció en las documentales que era Jenny Rocío, quien hacía el seguimiento y la revisión de estos medicamentos que era Jenny Rocío, quien hacía el cambio de estos medicamentos, que ella era quien hacía el cambio del sello del carro de paro,* ***luego se encuentra probado que, si era su responsabilidad y tal como se dijo anteriormente, se da un valor probatorio determinante al testimonio del Eliana Rincón, que si bien ella era la jefe inmediata, era quien emitía las instrucciones, ella admite que no estaba segura al final, si había dado o no había dado tal instrucción****,* ***luego no se puede inferir entonces que frente a un testimonio dudoso,*** *pueda reemplazar todo el resto del acervo probatorio que y en consecuencia se aplicaba la justa causa para la terminación del contrato de trabajo de manera unilateral por parte de mi representada a la Sra. Jenny Rocío conforme a esto siendo el principal motivo de conformidad, el cual me reservo la Facultad de ampliarlo ante el superior. Solicitaré respetuosamente se revoque el fallo proferido respecto de la condena en contra de mi representada, al encontrar el despacho, probada la terminación unilateral, de esta manera dijo presentado el recurso de apelación, señor juez…"*

C O N S I D E R A C I O N E S

De conformidad con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, esta Sala resolverá el recurso, no sin antes advertir que el recurso solo puede sustentando en la audiencia de juzgamiento y no puede ser ampliado en esta instancia en donde solo proceden alegaciones, la cuales dan apoyo a los puntos planteados en los argumentos del recurso.

En ese orden la Sala se referirá al argumento en el que básicamente se afirma existió una indebida valoración probatoria.

Lo primero que destaca la Sala es que cuando el argumento de la apelación es indebida valoración probatoria, debe el recurrente señalar de manera precisa cuales fueron las pruebas erróneamente apreciadas o cuales, dejadas de valorar, ya que, aunque el recurso de apelación no requiere de una técnica rigurosa ni de fórmulas sacramentales, si fija los puntos en virtud del principio de consonancia contenido el art 66 A del C P del T y de la SS, sobre los cuales puede pronunciarse el Tribunal.

En este caso del contenido del recurso se extrae que la demandada cuestiona el valor probatorio que el juez de primera instancia dio a la declaración de ELIANA RINCON, afirmando que es contradictorio, pues no sabe la testigo si dio o no la instrucción, por lo que no es suficiente para una decisión desfavorable a la empresa.

Al respecto entonces conviene recordar que de vieja data en sentencias que datan incluso de oct 11/3 la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"La jurisprudencia tanto del extinguido tribunal supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natura que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y ***este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir con su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley."***

Justamente entonces, era eso lo que pretendía la demandada con la declaración de terceros que solicitó como prueba, testigos dentro de los cuales se encontraba la señora ELIANA PATRICIA RINCON MUÑOZ, leyendo textualmente en la solicitud de la prueba lo siguiente.

"8. ELIANA PATRICIA RINCÓN MUÑOZ, quien ocupaba el cargo de Coordinadora del Centro Medico Chicó y fue la Jefe inmediata para la fecha de la asignación de la función de revisión del carro de paro para la hoy demandante, y puede ilustrar al despacho sobre la forma y alcance de la instrucción que dio.

En ese orden es el propio argumento de la recurrente la razón para que se imponga confirmar y desde ya lo advierte la Sala la decisión del Juez de primera instancia, pues su testigo, esto es quien dijo ser la jefe inmediata, de la demandante,; no puedo declarar si dio o no la instrucción o asignación de funciones a la actora relativas a la revisión del carro de paro por la que se terminó el contrato, es decir, no puedo demostrar que la demandada incumplió con esa obligación, porque ni siquiera demostró habérsela asignado, siendo claro que su jefe inmediata no sabe o no está segura de habérsela asignado, o como dice la recurrente incurrió en serias contradicciones.

De otra parte, se equivoca el recurrente, cuando asegura que con las demás pruebas se demostró que era la actora la única encargada de la revisión del carro de paro, por cuanto si bien es cierto las testigos Jenny Andrea Vera y Gretel Rivera Rodríguez, así lo aseguraron, también lo es que afirmaron que dicha función fue asignada desde 2017 por la señora Eliana Patricia Rincón Muñoz, en su calidad de coordinadora médica, quien negó en su declaración haber asignado de manera específica a la actora la revisión mensual del carro de paro, pues como se ve en su declaración dijo haberlo hecho a **las jefes de enfermería de carácter asistencial.**

Luego no es cierto que el Juez no hubiese valorado las demás pruebas, sino que al hacerlo de acuerdo con la sana critica encontró que efectivamente de ellas no podía adquirir certeza ante la evidente contradicción allí eso si presentada.

Tampoco de la documental aportada puede inferirse que la función de revisión del carro de paro fuese únicamente de la actora y por tanto de su absoluta responsabilidad el hecho de que allí hubiese medicamentos vencidos, pues los correos analizados juiciosamente por el Juez solo dan fe de una función socializadora, en los que se comparten formatos relativos a la supervisión de inventarios del carro, pero no de asignación especifica alguna a la actora; dado que como se acreditó existían tres jefes de enfermería sin que se pudiese demostrar que la demandante era la única encargada de ese carro de paro, no es cierto que se acreditara con manual de funciones alguno, para la fecha de los hechos como también lo señaló el Juez y como equivocadamente se afirma en el recurso.

Por lo expuesto se impone CONFIRMAR la sentencia apelada, pues e argumento de la parte recurrente no logra quebrar la sentencia apelada.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

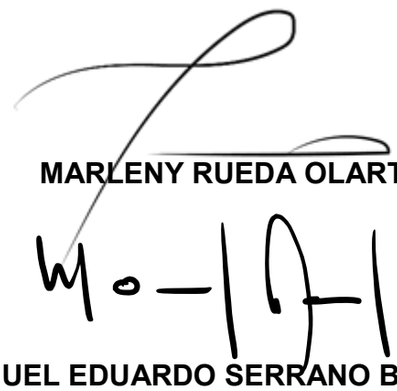
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO,** según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 39-2019-213-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ÉDISON CARDONA ÁLVAREZ

DEMANDADO: JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandante quien solicita se confirme el fallo de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor ÉDISON CARDONA ÁLVAREZ, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE sin efecto el dictamen No. 79512414-6253 del 17 de abril de 2018 proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante el cual se confirmó el dictamen 79512414-5244 emitido por la Junta Regional de

Bogotá y en el que se le determinó una PCL de 46.68%, con fecha de estructuración 28 de agosto de 2017 y de origen común, declarándose que se acoge en su integridad el dictamen privado del 16 de junio de 2018 y emitido por el doctor Ciro Moreno, en el que se señala como PCL 56.98%., con igual fecha de estructuración, que Porvenir S.A., es responsable del reconocimiento y pago de pensión de invalidez a su favor; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a esta última a reconocer pensión de invalidez en su favor.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que labora para Alecser ltda., desde el 1 de abril de 2015, a través de contrato a término fijo por 3 años, siendo contratado para ejercer el cargo de vigilante y como retribución 1 SMLV, que fue afiliado por dicho empleador al Fondo de Pensiones Porvenir S.A. y ARL Positiva para el cubrimiento de riesgo profesional, que el centro nacional de salud el 13 de marzo de 2015, le realizó examen ocupacional considerando que era apto para el cargo, que el 4 de septiembre del mismo año, sufrió un accidente de tránsito cuando se transportaba en bicicleta al ser arrollado por un taxi, que para el 14 de noviembre de 2017, presentaba una incapacidad equivalente a 1080 días, cuyo pago ha venido efectuando Porvenir S.A.

Afirma que como consecuencia de tal accidente fue diagnosticado con trauma múltiple por accidente de tránsito, trauma craneoencefálico severo, trauma cerrado de tórax y abdomen, fractura abierta grado IIB de codo izquierdo con lesión vascular descartada, fracturas de metacarpianos de mano izquierda, fractura de pared posterior de seno maxilar derecho entre otras, que para octubre de 2016, se realizó estudio de puesto de trabajo para determinar origen de enfermedades asociadas a peligro biomecánico, que Aliansalud EPS emitió recomendaciones laborales el 23 de mayo de 2018, que el 30 de mayo de 2017 el médico tratante especialista en ortopedia y traumatología, expide pronóstico de recuperación no favorable.

Refiere que el 3 de abril de 2017, Seguros de Vida Alfa S.A., calificó su padecimiento como de origen común con una PC del 40%, que la Junta

Regional de Calificación de invalidez, le asignó en dictamen 5244, una PCL de 46.68%, con fecha de estructuración del 28 de agosto de 2017, dictamen que se objetó oportunamente y la Junta Nacional en dictamen del 17 de abril de 2018, confirmó el expedido por la Junta Regional, que el doctor Ciro Moreno, médico especialista en salud ocupacional y perito profirió dictamen privado el 16 de julio de 2018, a solicitud del demandante y en que determinó que la Junta había dejado de calificar varias deficiencias, debiéndose aumentar el porcentaje otorgado a la restricción de movimiento de codo izquierdo y a la disfonía se debía asignar un 6%, asignando igualmente un 3% a la deformidad facial leve por asimetría, arrojando dicho dictamen una PCL total de 56.98%, con fecha de estructuración del 28 de agosto de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 7, 13, 15, 16, 19 y 21, negó los No. 9 y 22 a 29 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación a cargo de mi representada de reconocer y pagar la pensión de invalidez, ausencia de derecho sustantivo, falta de cumplimiento de los requisitos legales, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 5, 7, 10, 16 a 21, manifestó no constarle los No. 1 a 4, 6, 8 y 12 a 15. Propuso las excepciones de fondo que denominó legalidad del dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la variación en la condición del paciente con posterioridad al dictamen, exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, improcedencia de las pretensiones respecto de la Junta y buena fe.

ALIANSALUD EPS, aceptó los hechos No. 5 y 15 y manifestó no constarle los demás, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las

excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad entre Aliansalud y los demás demandados, falta de cobertura y prescripción.

POSITIVA S.A., aceptó los hechos contenidos en No. 5 y 16 a 21 y manifestó no constarle los demás, en cuanto a las pretensiones, manifestó no oponerse, propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y compensación.

En cuanto a la pasiva ALECSER LTDA., no contestó la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

> ***PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD*** *del dictamen No. No. 79512414-6253 proferido por la JNCI el día 17 de abril de 2018, en lo que resultó desfavorable al demandante, esto es, en las deficiencias de la tabla 12.13 por las razones expuestas en esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que la PCL del demandante es de 50.53%, tal como se refleja en la siguiente tabla y se explicó en las consideraciones de esta sentencia. (Tabla acta)*
>
> ***TERCERO:*** *Declarar que el señor EDISON CARDONA ÁLVAREZ tiene derecho a la pensión de invalidez de origen común, desde el 28 de agosto de 2017, fecha de estructuración de invalidez, a la luz del art. 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003.*
>
> ***CUARTO:*** *CONDENAR a la AFP PORVENIR a pagar al señor EDISON CARDONA ÁLVAREZ, la pensión de invalidez desde el 17 de junio de 2018, día siguiente a la última incapacidad, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, que para dicha data ascendía a la suma de $781.242, por 13 mesadas anuales, a los cuales se le debe aplicar el incremento del salario mínimo.*
>
> ***QUINTO:*** *CONDENAR a la AFP PORVENIR a pagar al demandante, el retroactivo de las mesadas pensionales causado desde el 17 de junio de 2018 y hasta la fecha en que se incluya en nómina el presente reconocimiento pensional, que al 31 de agosto de 2021 asciende a la suma de $35.278.429.*
>
> ***SEXTO:*** *DENEGAR el pago de los intereses moratorios.*
>
> ***SÉPTIMO:*** *CONDENAR a PORVENIR a pagar a EDISON CARDONA ÁLVAREZ, la indexación de las mesadas reconocidas a partir del 17 DE JUIO DE 2018, fecha en la que se hizo exigible la mesada pensional, y sobre cada mensualidad causada con posterioridad hasta que se efectúe el pago, conforme a la parte motiva de la sentencia.*

OCTAVO: *DECLARAR NO PROBADAS las excepciones presentadas por las demandadas.*

NOVENO: *ABSOLVER la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y al empleador ALECSER LTDA de las pretensiones de la demanda.*

DÉCIMO: *CONDENAR en COSTAS a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de $1.411.000 como agencias en derecho en favor del demandante.*

UNDECIMO: *AUTORIZAR a PORVERNIR a descontar los porcentajes respectivos por salud al demandante del retroactiva y de su mesada pensional.*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Lo primero que se debe advertir es que no existe causal que invalide lo actuado, se encuentran cumplidos todos los presupuestos procesales que conducen a dictar sentencia de fondo, el problema jurídico tal como se plantea el momento de fijar el litigio consiste en establecer si hay lugar o no a declarar la nulidad del dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional emitido por la Junta nacional de calificación de invalidez, Así mismo determinar la viabilidad de la modificación de los porcentajes PCL establecido en ese dictamen que es número 7959 4146253 de fecha 17 abril 2018 y en caso de ser viable y superar el 50%, le corresponderá al despacho verificar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, así como los intereses moratorios deprecados e indexación. Para resolver el primer problema jurídico lo primero que hay que indicar es que no está en discusión y así lo aceptaron las partes que el señor Edison Cardona Álvarez fue calificado por la Junta regional de calificación invalidez el día 22 de septiembre del 2017 emitiéndose el dictamen número 79512414,5244 por medio del cual se determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 46,68% de origen común y con fecha de estructuración de invalidez del 28 de agosto del 2017, igualmente que el demandante interpuso recurso de reposición y subsidio apelación en contra de dicho dictamen por lo que al resolverse la apelación ante la Junta nacional de calificación de invalidez se emitió el dictamen número 795124146253 del 17 de abril de 2018 a través del cual se confirmó el dictamen de la Junta calificación regional de invalidez.

Ahora bien, lo primero que entra a precisar el despacho es que en la legislación colombiana se ha establecido un compilado de normas para efectos de calificar la PCL y ocupacional de las personas teniéndose como eje regulador un valor único que sirve como instrumento técnico para establecer esa pérdida de capacidad, es así como el artículo 44 del decreto ley 1295 del 94 estableció que los manuales de invalidez y las tablas de evaluación de incapacidades deben ser revisadas y actualizadas por el gobierno nacional como mínimo cada 5 años, por lo que se tendrá en cuenta que para su aplicación aquel que se encuentre vigente al momento de la realización de los procedimientos de exámenes y práctica de las pruebas en el proceso de calificación de origen y pérdida de la capacidad laboral, así como los recursos de reposición y apelación que se encuentren en curso para el caso concreto el manual único es el que se tuvo y se debe tener en cuenta es el decreto 1507 del 2014 vigente durante el proceso de calificación del demandante, dentro de ese anexo esta norma contempla los criterios a tener en cuenta para determinar el grado de PCL y ocupacional conformado por dos títulos de valorización a saber.

Título 1: valoración de las deficiencias con un porcentaje de ponderación del 50%.
Título 2: valoración del rol laboral ocupacional y otras áreas ocupacionales con un porcentaje de ponderación del 50%, a su vez el numeral 5 de dicho manual se establece la metodología para la calificación de las deficiencias previamente determinadas en el título primero con la unificación de criterios, factores y estructurando unas tablas de calificación que detallan de manera general y específica para cada clase de eficiencia que en aspectos generales contienen 3 aspectos a saber.
A: planificación de deficiencia, la tabla de calificación más amplia contiene 5 clases columnas según lo aplicable en cada capítulo número de cero a cuatro, no obstante, algunas tablas que solo tienen 3 clases. B: porcentaje de eficiencia, los valores porcentuales asignados para cada clase de eficiencia van de 0 a 100% criterios de eficiencia, historial clínico, examen físico, estudios clínicos, resultados de prueba objetiva,

antecedentes funcionales o evaluación. Asimismo contiene las fórmulas para la determinación del grado y la ponderación porcentual de las diferentes clases de deficiencia que permiten obtener el porcentaje de deficiencia combinada para arrojar el resultado de la valoración de las mismas, metodología que también se explica para la ponderación de valoración del segundo ítem de calificación correspondiente al rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales, por su parte el decreto 1352 del 2013 integrado con el decreto único reglamentario del sector de trabajo se reglamenta la organización de las juntas de calificación de invalidez y se establece el procedimiento de dicho trámite, a su vez el artículo 41 de la ley 100 del 93 indica la jerarquización de entidades para establecer la PCL, teniendo en cuenta en el orden así; 1. Colpensiones, las administradoras de riesgos profesionales, las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y las EPS, 2; La Junta Regional de Calificación de invalidez y 3: la Junta Nacional de calificación de invalidez; establecido lo anterior se tiene que existe una calificación por parte de la Junta regional de calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en el presente caso respecto al cual el demandante interpuso recursos de ley por no encontrarse conforme con la decisión conociendo del caso la Junta Nacional de Calificación de invalidez de quien se alega por el demandante emitió un dictamen en el que confirmó la decisión de la Junta Regional de Calificación invalidez y pese a que se adicionó las deficiencias por disfonía leve con buena inteligibilidad, audibilidad leve y eficiencia funcional contemplada en el capítulo 10 tabla 10.5 y la deformidad facial leve por asimetría en mi cable izquierda sin alteración funcional contemplada en el capítulo 6 tabla 6.2, así como se modificó para aumentar el porcentaje de la valoración de la deficiencia de restricción de movimientos articular codo izquierdo capítulo 14 tabla 14.4, se modificó en ese mismo dictamen para disminuir el porcentaje dictaminado por la Junta Regional de Calificación de invalidez sobre las deficiencias globales, sobre la deficiencia global del nervio mediano por debajo del antebrazo izquierdo capítulo 12 tabla 12.13, SFP 13 y 3 SFM 1 igual a 3, deficiencia global del nervio radial a nivel del codo izquierdo capítulo 12 tabla 12.3, CFP 3 y dos ICFM 1 igual a 3, deficiencia global del nervio ulnar cubital sobre o por debajo del antebrazo izquierdo capítulo 12 tabla 12.3, CFP 1 y 2, CFM 1 igual dos; situación que a su juicio no debió haberse realizado pretendiendo entonces la declaratoria de la nulidad de este último examen pues un porcentaje sin la disminución alegada es superior a 50% lo que lo hace merecedor a la pensión de invalidez.

Entonces para resolver el problema jurídico se tiene que para el caso se allegaron las siguientes pruebas documentales, folio 15 y siguiente certificación del director de riesgos laborales del Ministerio de Trabajo en la que certifica el nombre de los abogados de la Junta Nacional de Calificación para el periodo 2011 -2014 y actualmente, folio 52 al 55 certificado de afiliación del actor a Positiva, Seguros Aliansalud y Porvenir desde el 1 de abril del 2015 como trabajador de Alerce, folio 56 certificado médico ocupacional de ingreso realizado al demandante el día 13 de marzo del 2015 con concepto de apto para el cargo sin discapacidades reportadas, folio 57 pruebas psicométrica y psicológica de ingreso realizada al actor el 13 de marzo del 2015, folio 58 certificado médico ocupacional realizado al actor del día 18 de junio del 2018 por el Centro Nacional de salud, folio 59 análisis de puestos de trabajo para determinación de origen de enfermedades asociadas a peligro biomecánico realizada al actor por la terapeuta ocupacional eso al 31 de octubre de 2016, folio 70 recomendaciones laborales emitidas Aliansalud emitida para el demandante fechado el 23 de mayo del 2018, esto con posterioridad a la fecha del dictamen de PCL que hoy se discute, vigencia de recomendaciones 3 meses, folio 72 memorando interno de Alerce para el actor fecha 19 de junio del 2018 de seguimiento de reincorporación laboral, folio 74 resumen de atención prestada al demandante 30 de mayo del 2017 del hospital San Ignacio, folio 75 concepto médico para remisión administradora de pensiones Porvenir emitida por la Alíansalud EPS, el 13 de enero del 2016 en el que de resaltar se tiene traumatismos múltiples no especificados, origen de las patologías comunes, tratamiento recibido farmacológico y quirúrgico, finalidad del tratamiento curativo, duración estimada de tratamiento, pronóstico de funcionalidad, teniendo en cuenta las actividades de la vida diaria y actividades básicas cotidianas el pronóstico funcional del paciente es favorable motivo de revisión administradora de fondo de pensiones es posible que la incapacidad actual se prolongue más de 180 días y tiene un pronóstico favorable, folio 76 y siguientes informe pericial de la clínica forense realizada al demandante por el Instituto de Medicina legal el 16 de diciembre de 2015 y 20 de septiembre de 2016, folio 78 certificado de incapacidad generadas al demandante a partir del 4 de septiembre de 2015 hasta el 16 de junio del 2018 para un total de 1017 días de incapacidad por concepto de traumatismos múltiples no especificados, fecha de emisión de dicha certificación el 24 de julio del 2018, folio 87 a 91 calificación de PCL emitida por seguros de vida Alfa para Porvenir en la que se indicaron, según los

parámetros establecidos en el decreto 1507 del 2014 se le ha determinado una pérdida de capacidad laboral de 40% de origen común y fecha de estructuración 14 de febrero del 2017, folio 92 a 95 dictamen de origen y pérdida de capacidad laboral y ocupacional número 795124145244 emitida por la Junta Regional de calificación invalidez Bogotá y Cundinamarca, la misma fue aportada tanto por la Junta Regional y por la Junta Nacional de fecha 22 de septiembre de 2017, folio 97 a 101 dictamen de determinación de origen y pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de calificación invalidez el 17 de abril del 2018 número 79512414 - 6253 ante el recurso de apelación presentado por el demandante, folios 103 a 115 dictamen particular presentado por el Dr. Ciro Alberto Moreno Portilla fechado el 16 de julio del 2018 dentro del cual se destaca lo siguiente:

Análisis y conclusiones; revisado los dictámenes emitidos por la Junta Regional de calificación invalidez de Bogotá y Junta Nacional, se puede inferir lo siguiente; la Junta Regional de Calificación de Invalidez dejó de calificar las deficiencias disfonía leve y deformidad facial leve por asimetría de Emi cara izquierda, la Junta nacional de calificación de invalidez procedió sin consideración al principio de no reformatu impejus al disminuir el porcentaje ya calificado por la Junta Regional de calificación de invalidez de Bogotá a las siguientes deficiencias, lesión parcial del nervio mediano izquierdo lo disminuyó del 26% al 21% sin argumentar y neuropatía cubital izquierda la disminuyó del 5% al 1% sin argumentar por lo expuesto el título 1 de eficiencia se debe mantener las calificaciones dadas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, deficiencia global por debajo del antebrazo izquierdo 26%, deficiencia global del nervio radial nivelado izquierdo 21% y eficiencia global del nervio ulnar sobre o por debajo del antebrazo 5%, modificar en favor del calificado la restricción del movimiento de codo izquierdo y la Junta regional de calificación de invalidez de Bogotá que calificó por debajo de su valor con 7% y que la Junta Nacional de invalidez lo estimó del 15%, adicional la deficiencia de disfonía que fue calificada en 6% adicional a las deficiencias con deformidad facial leve que fue calificada con 1%; en su sentir debe ser valorado en un 3%, en mi concepto del rol laboral se debe modificar ya que fue calificado como un cambio de rol laboral o puesto de trabajo 15% a cambio de rol laboral o de puestos de trabajo con actividades reportadas 20% ya que el trabajador amerita reconversión de mano de obra; la razón es que el trabajador se desempeña como guarda de seguridad con arma al quedar con limitación grave de la mano izquierda el paciente no puede portar armas de acuerdo con la normativa vigente sobre la materia y en su condición de salud es improbable que pueda acceder a un trabajo, en cuanto a las autosuficiencias económicas se debe clasificar como economía débil 2, ya que presenta un cambio de rol laboral como consecuencia de sus deficiencias y se ve afectado sus ingresos en forma severa, el trabajador es cabeza de familia, con 6 hijos que dependen de él, pues su esposa es persona discapacitada, folio 116 y siguientes, documentos de acreditación del doctor Ciro médico evaluador particular folio 123 a 129,151 a 464, 478 a 490, historia clínica del actor con sus respectivos soportes de incapacidad emitida para atención en las que se debe resaltar lo siguiente; paciente de 47 años con antecedentes de politraumatismo el 4 de septiembre de 2015 por accidente de tránsito, secuela de traumatismo craneofacial con disfonía por parálisis de cuerda vocal, tuvo fractura compleja de cúpula radial, fractura humeral radial izquierda, luxación carpo metacarpiana, cuarto dedo luxación MTSC del quinto dedo, neuropatía del mediano y radial dolor mixto no complejo, secuela neurológica, continúa controles por consulta del dolor, aparece en el folio 489 nota, politraumatismo heridas múltiples en cara factura abierta, complejo de codo izquierdo con lesión de antebrazo y mano izquierda, trauma cerrado de tórax y abdomen y fractura de pared posterior de seno frontal YH cigomático izquierdo, folio 130 y siguiente, resumen de la historia clínica del actor del instituto Roosevelt atención del 12 de julio del 2018 y 5 de mayo del 2018, esto es posterior a la fecha de calificación de la PCL y en la que se resalta el pronóstico de recuperación y rehabilitación, desde el punto de vista del dolor es desfavorable por el tipo de lesión que tuvo el paciente presenta secuelas no reversible, esto es del 18 de enero de 2018, a folios 131 a 145 historia clínica de atención psicológica, a folios 180 a 186 historia clínica de Medicina física y rehabilitación en la que se reiteran los padecimientos y diagnósticos ya manifestados en anterior historia clínica, folio 466 accidentes de tránsito, folio 473 a 475 historia de admisión triage por el accidente de tránsito sufrido por el actor el 4 de septiembre del 2015, folio 474 y siguientes informe policial del accidente de tránsito, los documentos aportados por la Junta Nacional de Calificación Invalidez obran en la carpeta 8 Memorial de contestación Junta Nacional archivo 4 llamado archivo cuatro Edison Albert Cardona en ellos se pueden observar, en la página 1 oficio fechado el 12 de enero del 2018 a través de la cual la Junta Regional de Calificación Invalidez remite el expediente para que se surta el recurso de apelación presentado por el demandante, página 12 siguiente acta número red 5930- 3 por medio

de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por el demandante contra el dictamen emitido por la Junta regional se mantiene decisión y se concede apelación, página 4, escrito elevado por el actor como sustentó de recurso de reposición y subsidio operaciones que argumenta como motivo dice lo siguiente " el motivo de mi desacuerdo es que por favor se examine estrictamente mi enfermedad y de la cual se determina que quede con discapacidad física y total, limitación de mi miembro superior izquierdo, deformidad física que afecta el rostro, parálisis de la cuerda vocal izquierda, todas de carácter permanente" página 7 informe pericial de la clínica forense mismo aportado por el demandante página 10 y siguientes, 43 y siguientes, 96 y siguiente, historia clínica ante diferentes entidades de salud en la que recibió atención el actor entre ellas el hospital San Rafael para cirugía plástica, control de Medicina del dolor, medicina general, psicología ortopedia, psiquiatría, resultados de imágenes diagnósticos Idime entre otros, folio 36 y siguiente dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por la Junta Regional de Calificación invalidez, folio 70 formulario de calificación del ápice emitido por seguros de vida Alfa con porcentaje del 40% el cual fue apelado por el actor, folio 306 certificado emitido por Porvenir indica que el actor ha cotizado al fondo de pensiones 140 semanas en los últimos 3 años a la fecha de expedición de dicho documento esto es 9 de agosto de 2017, folio 307 consulta de semanas cotizadas para pensiones Porvenir el 18 de enero del 2018 por Colpensiones 157, otras administradoras 2009 y porvenir 792, páginas 308 a 316 historial laboral del actor en el RPM, otras administradoras del RAIS y Porvenir, folio 324 dictamen de PCL emitido por la Junta Nacional, además de los documentales ya referenciados se escuchó el día de hoy dos testimonios del doctor Ciro Moreno Portillo presentado por la parte demandante y el testimonio del Dr. Edgar Velandia Vaca quien hace parte de la sala que dictaminó o elaboró el dictamen que se encuentra en controversia.

En este orden del acervo probatorio se tiene lo siguiente: criterios de calificación; diagnósticos por la Junta regional de calificación de invalidez folio 91 a 95 para fractura de epífisis superior del radio izquierdo, lesión del nervio radial izquierdo, traumatismo del nervio cubital a nivel antebrazo izquierdo, traumatismo del nervio mediano a nivel de antebrazo izquierdo coincidiendo en los diagnósticos con los consignados por la Junta Nacional de Calificación invalidez que obra a folio 97 101 y en la carpeta 7 archivo cuatro página 324 emanado de la Junta Nacional de Calificación de invalidez.

Deficiencias: En la Junta regional de calificación invalidez se tuvo título 1 deficiencia global de nervio mediano por debajo del antebrazo izquierdo capítulo 12 tabla 12.13 CFP 3 y 3 CFM 1 igual a 3 valor 26%, voy a comparar de una vez con el de la Junta regional frente a lesión por nervio mediano izquierdo con la alteración motora sensitiva aumentadas con electro miografía de aguja normal capítulo 12 tabla 12.3 CPF 3 y 3 CFM 1 igual a dos deficiencias 20%, en la Junta regional, deficiencia global del medio del nervio radial a nivel del codo izquierdo capítulo 12 tabla 12.13 CFP 3 y 12 FM 1 igual a 3 valor asignado 21%, La Junta nacional, frente a lesión parcial de nervio radial izquierdo con latencias motores y sensitivos prolongadas con electromiografía de aguja que muestra reclutamiento y disminuido capítulo 12 tabla 12.13 CPF 3 y 3 CFM 1 igual a dos deficiencias asignadas 20%, deficiencia global del nervio ulnar cubital sobre o por debajo del antebrazo izquierdo capítulo 12 tabla 12.13 FP 1 y 12 FM 1 igual a dos valor 5% la Junta nacional dictaminó neuropatía cubital izquierda con latencia sensitiva prolongada con electromiografía de aguja normal capítulo 12 tabla 12.3 CPF1 y 3 FM 1 igual a cero deficiencia del 1% valor combinado frente a esa deficiencia del capítulo 12 aplicando las tablas 44.46% que le arrojó a la Junta de Calificación Regional y la Junta Nacional no lo especificó, el valor combinado de la deficiencia dos, continuamos entonces; frente a la deficiencia por la alteración del miembro superior izquierdo capítulo 14 tabla 14.4 valor 7 y La Junta nacional de Calificación, restricción de movimientos articular codo izquierdo capítulo 14 tabla 14.4 deficiencia 15%, asimismo un total de deficiencias luego de aplicar la suma combinada 24.18%, la Junta Nacional de Calificación Invalidez frente a las deficiencias adicionó: disfonía leve con buena inteligibilidad, audibilidad leve y eficiencia funcional capítulo 10 tabla 10:05 CPF 1 es CEPM 1 igual a 1 de eficiencia 6%, deformidad facial leve por la asimetría Emi cara izquierda sin alteración funcional, capítulo 6 tabla 6.2 CPF 1 CFM 1 igual a cero, CFM 2 igual a cero, deficiencia 1%, valor final de deficiencia antes de ponderación y aplicando las fórmulas 25.26%, valor del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales, la Junta regional de calificación invalidez frente al título dos; manifestó rol laboral restricción 15%, restricción autosuficiencia económica 1%, restricción en función de la edad cronológica 1.5% sumatoria del rol laboral 17.50%, otras áreas ocupacionales, aprendizaje y aplicación del conocimiento 0.1 comunicación

0.3 movilidad 1.5 autocuidado personal 1.4 vía doméstica 1.7 sumatoria total de otras áreas igual a 5 valor final de El título dos un porcentaje del 22.50%.

La Junta Nacional de calificación de invalidez frente al rol laboral señaló: el rol laboral se encuentra adecuadamente calificado cambio de rol laboral es precariamente autosuficiente a nivel económico, se encuentran leve sobrevaloración de otras áreas ocupacionales por lo que no es viable incrementar los puntajes tal como lo solicita el apelante valor asignado por la Junta regional 21.1%, sobre la el porcentaje de PCL, sumando el título 1 título dos, le arrojó a la Junta Regional de Calificación Invalidez la suma de 46,58% de la pérdida de calificación y a la Nacional luego de señalar que el título 1 tenía asignado el 24.18% y el título 22.50% que fue el que dictaminó la Junta Regional le señaló como resultado el mismo 46.58 manifestando que no era viable aplicar el resultado que le daba en el recurso de apelación y por tanto se dejaba incólume de la Junta Regional, el origen las dos instancias lo dictaminaron como de común y la fecha de estructuración también lo dictaminaron desde el 28 agosto del 2017 fecha de electromiografía que reporta lesión de nervios medianos cubital y radial de miembro superior izquierdo, el anterior claramente se evidencia que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez al momento de resolver el recurso presentado por el demandante como único apelante modificó de manera desfavorable los porcentajes de pérdida de capacidad laboral asignados a cada una de las deficiencias previamente calificadas por la Junta Regional de Calificación invalidez y contempladas en el capítulo 12 tabla 12.3 lo que va en contravía al principio de la no reformatio in pejus y por ende violatorio del debido proceso como aquí se ha decantado por la Corte Suprema de Justicia Sala laboral en sentencia como la SL 5596 del 2017, si bien la Corte constitucional ha indicado que la no reformatio in pejus, no es un derecho absoluto o limitado tal como lo señalo la sentencia T455 del 2016.

El artículo 2.5. 1.1.8 del decreto 1072 del 2015 hace referencia al dictamen, es decir es aplicable en primera oportunidad al de 1 instancia y al de 2 instancia.2; que el Art 2.2.5.1.38 del decreto 1072 del 2015 en uno de sus apartes de la Junta Regional y la Nacional resolverá únicamente lo que haya tenido controversias con lo cual no está indicando que este aspecto se debe aplicar en primera instancia cuando se resuelva la controversia y en segunda instancia cuando se resuelva el recurso es decir respecto del origen, la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración y trascribirá sin ningún tipo de pronunciamiento ni cambio alguno aquellos que no hayan tenido controversia, es decir que no le es posible a quien resuelve la controversia hacer pronunciamiento alguno sobre los aspectos que no fueron objeto del recurso y su obligación de pronunciarse solo sobre los aspectos controvertidos limitándose a transcribir los demás aspectos no controvertidos; esta parte de la norma desarrolla el principio de la congruencia el cual es un principio general del derecho especialmente derecho procesal. De acuerdo a la lógica y al sentido común quien controvierte un dictamen lo hace respecto de lo que le es desfavorable, en concordancia con lo anterior si un calificado controvierte una pérdida de capacidad laboral, lo que persigue es que se le incremente la misma, razón por la cual no es de recibo que se deduzca por la reducción de la pérdida de capacidad laboral no es el objetivo de la controversia no del recurso, por último es importante resaltar esta norma en su texto es suficientemente claro y que no requiere para su interpretación ejercicios diferente a su lectura, por tal razón se exhorta a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez para que le den cabal cumplimiento en principio la discusión se dio sobre la aplicación de la no reformatio inpejus a la suficiencia de las normas se concluyó que no era necesario acudir a los principios generales del derecho para aplicarla. La Junta de calificación invalidez se encuentran suscritas por los galenos que resolvieron el recurso de apelación elevado por el actor frente a la PCL y así lo aceptó el perito que realizó el de la Junta Nacional, el doctor Edgar Velandia, por lo que la valoración del demandante emitida en el dictamen por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; se torna contraria a sus competencias pues si bien en la directriz traída a colación se habla del porcentaje de PCL en general, esta aplicación también debe interpretarse para los diferentes componentes entre ellos las deficiencias que como se ven en el anexo se valoran de manera independiente entre cada una de ellas sin que la Junta Nacional haya explicado las razones por las cuales retoma ese estudio para mermar el porcentaje asignado en primera instancia, a las del capítulo 12, si efectivamente el demandante realizó su recurso apelación sobre las deficiencias específicamente sobre el componente de la PCL, el componente de deficiencia no se puede entender que efectivamente haya pretendido o querido que las deficiencias calificadas en el capítulo 12 fueran mermadas o nuevamente estudiadas, sí podían ser estudiadas pero para favorecer al demandante apelante único en los porcentajes y no para disminuirlos y si bien es cierto el testigo el Dr.

Edgar Velandia Vaca el día de hoy explicó efectivamente cómo es que se aplican las fórmulas para dictaminar o establecer cada uno de los porcentajes, al punto de poder dosificar ese porcentaje que se da en cada uno de los rangos en la clase 1, clase 2, clase 3, clase 4, también lo es que esa explicación que dio el día de hoy de manera somera y detallada brilla por su ausencia, en el dictamen de la Junta de Calificación Nacional y en ese orden si el mismo testigo manifiesta que ellos pueden modificar la calificación cuando consideren que está mal calificada bajo los criterios de sobrevaloración aplicar tablas diferentes y subvalorada, no entiende el despacho cómo si el dictamen señalaba o si la Junta entendió que la Junta Regional de calificación de invalidez se equivocó tuvo un error al aplicar la fórmula, al aplicar e interpretar las tablas cómo es que no se explica esa situación de manera detallada en el dictamen que resuelve el recurso apelación. Primero que todo si observamos efectivamente no solo la tabla 12.13 que habla de las deficiencias, allí no solamente tenemos que la clase pertenece a un rango de un porcentaje menor a un porcentaje mayor, sino que también tiene un componente de unas letras A,B,C que hacen relación de acuerdo con la clasificación y los manuales y teorías para aplicar los rangos hace relación a la forma de cómo se aplica si es severa o menos severa o más severa lo cual pues el día de hoy no fue explicado.

Lo cierto es que efectivamente no tiene la metodología para aplicar estas normas, varios aspectos importantes para poder ponderar si es el valor mínimo, el mediano, o el máximo dentro de la clase que se hace, en ese orden efectivamente se evidencia como lo dijo el médico que se había aplicado o para sobrevalorar cada una de las deficiencias contenidas en el capítulo 12 o en la tabla 12.3 debió con mayor diligencia explicar de manera clara, definida, determinada porque había lugar a estudiar nuevamente esas deficiencias y desmejorarlas e ir en contravía del principio aludido, que se repite, es un principio absoluto, es un principio que se debe aplicar en todas las actuaciones las actuaciones judiciales y administrativas; así lo tiene por sentado la Junta nacional de calificación de invalidez pero efectivamente debe para poder ir en contravía de ese principio explicarse por qué esa decisión de la primera instancia va en contravía de las normas y en esta orden si efectivamente estudiamos y analizamos lo expuesto por el perito en el que señala que se entiende que hay una mala calificación cuando es sobrevaloración, cuando se aplica una tabla diferente, cuando hay una sub valoración tenemos que primero se evidencia que tanto la Junta Regional como la Junta Nacional de calificación invalidez aplicó la misma tabla la tabla 12.13, entonces estamos hablando bajo el ítem de sobre valoración; sin embargo, al ser este ítem debió la Junta Nacional explicar en detalle efectivamente por qué había un error tan garrafal, que debía intervenir la Junta nacional en detrimento de los intereses del apelante único. Ahora no entiende el despacho cómo el mismo perito manifiesta que por ejemplo en el primer ítem considera el que se equivocó la Junta regional porque no había ausencia sensitiva, sino que había era una prolongación que en el segundo en el nervio radial igual no había ausencia sensitiva sino que era prolongación y el último, fíjense es que si llama la atención el despacho esto que el error de la Junta Regional de Calificación de invalidez coincidió en que existía o que había un compromiso motor y sensitivo cuando el mismo perito nos explica que para tratar la tabla se debe equiparar esa afectación tanto sensitiva como motor y de acuerdo a efectivamente lo que se trae a colación del último examen se evidencia efectivamente que también hay compromiso no solamente sensitivo sino motor, ahora debemos acudir entonces a lo que señaló o manifestó La Junta Nacional de Calificación Invalidez para modificar dicho porcentaje y en ese orden cuando se señala análisis y conclusiones que de acuerdo al perito es donde se incluye la ponencia y donde se debe explicar la razón de por qué se modifica estos porcentajes, empieza la Junta nacional manifestando:

Se trata de un paciente 47 años, labora como guarda de seguridad en la empresa Alexcer LTDA desde el 16 de agosto de 2001 actualmente incapacitado del accidente, refiere que el día 4 de septiembre de 2015 sufrió un accidente de tránsito, me voy a adelantar para traer a colación el examen que fue el objeto o estudiado tanto por las dos Juntas para poder determinar que desde allí es que se estructuró esa invalidez el 28 agosto 2017 señala; lesión parcial axonal motora y mielinica sensitiva en el antebrazo del nervio mediano izquierdo, neuropatía mielinica sensitiva del cubital izquierdo en el antebrazo, lesión parcial zonas motoras del nervio radial izquierdo a nivel del codo; por el tiempo de evolución puede considerarse secuela y para concluir saltó a las conclusiones donde dice la Junta Nacional refiere que a pesar de Terapias no ha logrado funcionalidad del brazo solo mueve los dedos pero no los selecciona, se le dificulta las tareas manuales, no refiere otra patología refiere que tiene pendiente bloqueo del nervio estrellado, al examen ingreso por sus propios medios, asimetría debe pasar y ya empieza a valorar las otras entidades.

Entonces lo que señala el despacho es que hay una vulneración al debido proceso y una contravía al principio de la no reformatio in pejus, porque no puede ser que simplemente es reformar ese principio y se utilice única y exclusivamente para el porcentaje final, cuando efectivamente cada componente, cada estudio de la deficiencia hace o edifica el componente final de la deficiencia física entonces el de la eficiencia que es un componente de la pérdida de capacidad laboral, suena ilógico que yo pueda modificar a mi antojo y perdón que utilice este término puedo modificar los diferentes componentes de las deficiencias que como vimos en la tabla se valoran de manera autónoma e independiente de cada una de ellas para poder de manera libre mermar ese porcentaje pese a que el trabajador es el único apelante y simplemente llegar a la conclusión de final y decir es que entonces como yo le mermé el porcentaje me da menos y luego el de la Junta Regional, tiene que haber una coherencia en la aplicación del principio anotado en todo el dictamen, de tal forma que no puede de manera libre, sin limitación alguna modificar cada porcentaje y más aún sin explicar la razón por la cual considera que ese porcentaje aplicado en primera instancia va en contravía de las normas es abiertamente ilegal, qué es lo que dice la Corte Constitucional que es la única ventana que tiene la segunda instancia para entrar a modificar algo que en principio le favorecía al apelante único.

En ese orden de ideas, cuando se merma o se hace menos favorable la situación del apelante único, existe en el juzgador, en el fallador y en este caso en el dictaminador la obligación de explicar de manera fehaciente, concreta y clara los yerros en los que incurrió la primera instancia para que pueda el entrar a cambiar los porcentajes que en principio se dieron y los de los cuales se entiende que no hubo o del querer del apelante no es que se los mermen, no es que le den una calificación para que le empeore la situación sino que simplemente se lo revisen para saber Si la Junta se equivocó y debe ser calificado con mayor porcentaje, por ende el despacho que pena ser tan reiterativa pero en este caso como ya se manifestó la Junta nacional de Calificación de invalidez no explicó, no dio las razones por las cuales se retomó nuevamente el estudio para mermar el porcentaje asignado en primera estancia a las deficiencias que componen el capítulo 12 sin que sea de recibo para este despacho las explicaciones, las razones, que dio el perito, porque lo que viene a explicar hoy es el contenido del dictamen, no viene a sumarlo, adicionarlo, es solamente explicar los conceptos que tiene ese dictamen, por ende, puede entenderse que efectivamente hubo un error protuberante de la Junta regional de calificación invalidez que lo haya autorizado para entrar a valorar nuevamente esa deficiencia y aplicar un porcentaje menor al que había otorgado la Junta regional, ahora más aún cuando hace lo mismo a valorar el rol laboral y ocupacional en el que dio un porcentaje inferior al que dio la Junta Regional sin especificar cuál ítem era el que variaba, con las argumentaciones se puede evidenciar que es el económico cuando dice; en cuanto al rol laboral y otras áreas ocupacionales, el rol laboral se encuentra debidamente calificado, cambio de rol laboral es precariamente autosuficiente a nivel económico, se encuentran en otras áreas leves, sobrevaloración de otras áreas ocupacionales por lo que no es viable incrementar los porcentajes tal como lo solicita el apelante y pese a ello, pese a que allí hace esa manifestación un porcentaje de 21.1%, entonces explicando en este punto se explica que al resultar menor el porcentaje se dejaba en dictaminado por la Junta Regional de Calificación de invalidez, situación que debió haber realizado en la misma forma cuando decidió mermar la deficiencia del capítulo 12, razón por la cual se dejarán sin validez el dictamen pericial en los aspectos que le fueron desfavorables al actor, esto es la valoración de la calificación ponderada a las deficiencias del capítulo 12 por lo que el despacho determinará el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del señor Álvarez en la medida que la jurisprudencia ha expresado que se encuentra facultado para ello al indicar; frente a la pérdida de capacidad laboral la Corte Suprema en sentencia SL 3380 del 2019, 696 del 2019,3184 del 2016 entre otras manifestó " no es cierto como lo indica la censura la calificación del estado de invalidez constituye una cuestión técnica ajena al conocimiento de los jueces, pues contrario es precisamente el juez de trabajo el que tiene que poder jurisdiccional para establecer el estado de invalidez y todas sus variables asociadas esto es entre otras el origen determinado accidente, la fecha estructuración y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, para esos fines a su vez el juez junto con amplias potestades probatorias y reconstrucción de la verdad real del proceso de manera tal que puede darle credibilidad pleno al dictamen o someterlo a un examen crítico integral o de alguno de sus elementos hasta el punto de apartarse legítimamente sus valoraciones y conclusiones específicamente tratándose de la valoración de PCL de los afiliados al sistema de Seguridad Social y de la fecha de estructuración de tal evento, la Corte ha sostenido que los dictámenes de la Junta de calificación a pesar de su importancia no se presentan conceptos definitivos e inmutables sino pruebas del proceso que bien pueden

ser reevaluados o desvirtuados por el juez de trabajo en ejercicio de sus libertades de valoración probatoria".

En este orden de ideas y atendiendo que el juez si está habilitado para establecer el grado de pérdida de capacidad laboral y ocupacional de un afiliado al sistema de Seguridad Social se procederá a realizar la calificación más cuando para el presente caso no se requiere conocimiento técnico ya que no es entrar a valorar las deficiencias sino que se tendrá en cuenta las deficiencias especificadas por la Junta regional Invalidez con las calificaciones y ponderaciones dadas por la misma en relación con las correspondientes al capítulo 12 tablas 12.13 y que no debiera haber sido reformadas en perjuicio del demandante y las valoraciones de deficiencia que realizó la Junta Nacional de Calificación de invalidez a las contempladas en el capítulo 14 en las que se aumentó el porcentaje como las deficiencias del capítulo 6 y 10 adicionadas por la Junta nacional y que no se tuvieron en cuenta inicialmente por la Junta regional de calificación de invalidez, por ser la favorable al demandante a saber, la deficiencia global del nervio mediano por debajo del antebrazo izquierdo cap. 12.13, CFP 3 Y 3, SCM IGUAL 1 igual a 3 se le dio un valor del 26%, deficiencia global del nervio radial a nivel del codo izquierdo capítulo 12 tabla 12.3 CSP 3 y dos, CM 1 igual a 3 valor 21%, deficiencia global del nervio ulnar cubital sobre por debajo del antebrazo izquierdo capítulo 12 tabla 12.13 CSP 1 y 12 FM 1 igual a dos valores asignados 5% total de deficiencia 12 de la Junta Regional de Calificación al hacer la suma combinada de acuerdo a las tablas que ya se van a explicar, arroja un resultado del 44.46%, restricción de movimientos articulares codo izquierdo capítulo 14 tabla 14,4 deficiencia asignada por la Junta nacional 15%, disfonía leve con buena inteligibilidad, audio habilidad leve y deficiencia funcional capítulo 10 tabla 10.5 CPF1, CFM 1 igual 1 deficiencias, deformidad facial leve por asimetría Emi cara izquierda sin alteración funcional capítulo 6 tabla 6:12, PF1, CSN 1 igual a cero CFM dos igual a cero deficiencia 1% ,por lo que luego de aplicar la forma respectiva que señala el manual único en su anexo, el cual asciende el decreto 1507 del 2014 en su anexo que señala que la suma combinada se debe aplicar las siguiente fórmula……. . El resultado será el nuevo A que se combinará con el siguiente valor de la lista que será el nuevo B, estos pasos se repetirán cuántas veces sea necesario como valor a esa combinación, cálculo final de la deficiencia, será el valor obtenido por la que pueda calificarse de cada una de las patologías de la persona, si tiene varias secuelas calificables de diferentes capítulos estas se combinan mediante las fórmulas de valores combinados ya indicada una vez combinadas todas las deficiencias, una vez presentado el resultado final se debe ponderar al 50% es decir se debe multiplicar por 0.5% entonces aplicando dicha fórmula a la deficiencia se tiene lo siguiente; ya sabemos que la fórmula combinada arrojó frente a las deficiencias del capítulo 12 las 3 deficiencias un total de 44,46% entonces ese resultaría ser el valor A para seguir sumando de manera combinada del capítulo 14 que es la siguiente en el orden descendiente, entonces en esa idea tenemos que la calificación del capítulo 14 tabla 14.4 deficiencia por alteración de las extremidades superiores o inferiores fue de 15% aplicando la fórmula tenemos que sería 44,46 (100 - 44,46) por 15 sobre 100 lo que nos da un total de 52,79.

Antes de ponderar y dar el resultado final se tiene que si bien es cierto el demandante hace reproches frente a la valoración del rol laboral alegando que de acuerdo a lo señalado por el perito privado este aspecto se debe modificar ya que fue calificado como cambio de rol laboral y puesto de trabajo 15% ya que el trabajador amerita reconvención en mano de obra, la razón es que el trabajador como guarda de seguridad con arma, este aspecto no se tendrá en cuenta como quiera que el reproche se hace frente a lo manifestado por la junta de calificación que como ya lo vimos pese a obtener un resultado inferior mantuvo la puntuación asignada en primera instancia en ese título amen que el demandante no adujo elementos de demostrativo alguno para incrementar dicho valor, ya que por ejemplo en el aspecto económico el perito indica que tal aumento en la petición el demandante le manifestó tener carencia económicas, haber sido padre cabeza de familia, tener 6 hijos a cargo, sin embargo dentro del expediente de acuerdo a lo que manifestó este testigo en la audiencia no señaló que haya tenido pruebas idóneas, fehacientes que efectivamente se corroborara esa situación, amen que no se logró tampoco evidenciar cuánto estaba ganando el demandante al momento de la reubicación para poder evidenciar que efectivamente había un detrimento económico con la reincorporación.

Ahora si bien es cierto cuando señala que no puede continuar con sus mismas funciones no especificó por qué la mano izquierda le impedía continuar con esa ocupación de vigilante, solamente hace alusión a que de acuerdo a la normativa vigente. Frente a este ítem se dejará incólume lo manifestado por la Junta de Calificación Nacional como por la

Junta Regional. Teniendo en cuenta que se dejó sin validez respecto al porcentaje de calificación dado en el dictamen número 7951146253 del 17 de abril de 2018 en lo que tenía que ver con la deficiencia del capítulo 12 y dictaminándose entonces la pérdida de capacidad laboral ocupacional emitida por la Junta Nacional con los aspectos que ya se resaltaron de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se tuvo como una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del actor de 50,53%, aclarando que entre las partes no se admite discusión que la capacidad laboral es de origen común y que la fecha de estructuración es del 28 de agosto de 2017.

PENSION INVALIDEZ
Así la cosas el derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido a la luz de la normativa vigente al momento en que se estructuró tal estado por lo que la norma que regula el presente caso es la vigente para el 28 de agosto de 2017 cuando se estructuró la invalidez del demandante que corresponde al artículo 39 de la ley 100 de 93 modificado por el artículo 1 de la ley 860 del 2003; al respecto, la historia laboral que milita en la carpeta 17 respuesta a requerimiento Porvenir archivo 02 con relación de aportes así como la certificación emitida por Porvenir el 9 de agosto de 2017 obrante en la carpeta 8 memorial contestación Junta Nacional de Calificación archivo 04 Edison Álvarez Cardona pág. 306 se tiene que el demandante en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración cotizó un total de 144 semanas lo que se puede concluir que supera el requisito de las 50 semanas exigidas en la ley 860 de 2003,en consecuencia resulta viable otorgar la pensión de invalidez a favor del demandante establecida en el Art 39 de la ley 100 del 93 modificado por el Art 1 de la ley 860 de 2003.
Estatus y efectividad de la pensión

Se debe definir que de acuerdo al artículo 40 de la ley 100 del 93 el reconocimiento de la pensión de invalidez se debe realizar desde la fecha de estructuración de la invalidez tal como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en sentencias como por ejemplo la SL 2026 del 2020, SL 910 de 2020 y la SL 1562 de 2019 entre otras, así que pese a la condición del trabajador dependiente del actor y de asistencia en aportes al sistema general de pensiones posterior a la fecha de estructuración de la invalidez esta sala ha indicado con anterioridad que ello no desvirtúa el reconocimiento al retroactivo del derecho pensional desde que se estructuró el estado de invalidez en estos términos no se equivocó el aquo en señalar que la concurrencia de estas especificas circunstancias continuadas de la prestación del servicio y cotización del sistema general de pensiones no desvirtúa lo establecido en el artículo 40 de la ley 100 de 93, es decir que el reconocimiento de la pensión de invalidez se haga desde la estructuración.

No obstante, se tiene que las mesadas pensionales son incompatibles con las incapacidades temporales por lo que si bien el estatus de pensionado, el demandante lo adquirió el 28 de agosto de 2017, la efectividad de la misma debe ser desde el día siguiente a la última incapacidad que fue el 16 de junio del 2018, tal como se evidencia de la certificación emitida por el EPS del 24 de julio de 2018 vista a folio 78886 situación que se corrobora con los documentos obrantes a folio 71 al73 que hace alusión a las recomendaciones laborales y al memorando de seguimiento de reincorporación laboral por lo tanto se tiene que el demandante esa fue su última incapacidad y por tanto se tiene que la pensión deberá pagarse desde el 17 de junio de 2018 a razón de 13 mesadas anuales.

En lo que respecta al IBL, deberá tenerse a lo establecido en el artículo 21 del estatuto de la Ley 100 del 93 y liquidarse con los salarios de los últimos 10 años de cotizaciones o por toda la vida laboral si fuere inferior que para el presente caso se tomaron las cotizaciones durante los 10 años anteriores al 28 de agosto del 2017, fecha en la que se estructuró la invalidez y así lo estableció la CSJ por lo que al aplicar las operaciones aritméticas respectivas generan un IBL de $949.109,26 conforme a la liquidación que se adjunta al acta de esta audiencia. Así las cosas dado que el actor se calificó con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 50.53% parte de una tasa de reemplazo del 25% conforme lo estableció el literal A del artículo 40 de la ley 100 del 93y considerando que cuenta con un total de 1096 semanas cotizadas hasta la fecha de estructuración de la invalidez según se extrae de la documental obrante de la carpeta 08, archivo 04 pág. 307 de la cual se encuentra que presta 506 adicionales a las semanas requeridas por la ley, se tiene entonces que la tasa de reemplazo aplicada al IBL es del 61.5%, así, al hacer la operación aritmética y aplicar la tasa de reemplazo de IBL de 949.109,26 se obtiene un valor de mesada de 583.702,20 monto que resulta inferior al

salario mínimo del 2018, por lo que debe ajustarse hasta concurrir su valor que corresponde a $781.242 mensuales para esa data.

Retroactivo de las Mesadas Pensionales
Se deberá pagar a favor del demandante el retroactivo de la fecha de su estructuración incluso la mesada de diciembre, retroactivo que hasta agosto de 2021 asciende a la suma de $35.278.429, se anexará al acta del día de hoy, la entidad además deberá pagar las mesadas pensionales que se acusen hasta la inclusión de nómina del demandante, igualmente Porvenir deberá descontar del retroactivo el valor de las cotizaciones por salud con destino a la Eps a la cual se encuentra afiliado el accionante conforme a los porcentajes establecidos en la Ley.

Intereses moratorios
En el presente asunto no hay lugar a los intereses moratorios por cuanto efectivamente se señala este caso entra en las excepciones que ha establecido la CSJ y es decir que porvenir al momento de solicitársele el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez cumplió con lo establecido en la norma y esto es denegó la pretensión como quiera que para aquella data el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era inferior al 50% y es solo con esta sentencia al declararse la nulidad como se va hacer de manera parcial en lo que le fue desfavorable en el recurso de apelación del demandante se tiene que con eso es que adquiere o reúne el requisito que le hacía falta para adquirir su derecho pensional y por esto no puede hablarse de mora de Porvenir frente a este asunto.

Se ordena entonces frente a la indexación el pago sobre la suma adeudadas por concepto de la suma de mesadas pensionales, así las cosas, resulta claro que el demandante tiene derecho a que se conserve el poder adquisitivo de las mesadas descritas en el acápite anterior que ha debido disfrutar desde el mismo instante que se hicieron exigibles esto es 28 de agosto del 2017.

Prescripción
Conforme el artículo 151 del CPTSS y artículo 488, y lo manifestado en esta sentencia y teniendo en cuenta que la exigibilidad de la pensión tan solo nace con la presente sentencia en la que anuló el dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que le era desfavorable al demandante, es claro que la prescripción no operó en el presente asunto, así lo ha manifestado la CSJ en diferentes sentencias, en esa medida si bien es cierto la fecha de estructuración se dio desde el 2017 también es que ese no es el punto de partida para empezar a contar el fenómeno de prescripción sino que a la vez cuando lo dice la jurisprudencia, hay una certeza del estado de invalidez que es el que genera la pensión de invalidez y en este caso el dictamen presentado por la junta nacional en lo que era desfavorable al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión **apeló** la AFP demandada indicando:

Considera el juez de instancia que la calificación de la Junta Nacional modificó de manera desfavorable el porcentaje que se encuentra descrito conforme a las deficiencias de la tabla 12.13 en que por lo tanto esta situación al ser el demandante el único apelante frente al dictamen que haya proferido la Junta Regional iba en contravía del principio de no reformatio in pejus y que por lo tanto el porcentaje que le otorgó la Junta Nacional frente a estas deficiencias menoscabó los derechos que él tenía y que en ese sentido no se encuentra acorde con el debido proceso conforme lo ha dicho la jurisprudencia, en ese sentido solicito que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se declare que el dictamen proferido por la Junta Regional se encuentra acorde a las normas y a la situación concreta de salud del actor y en consecuencia el porcentaje de PCL no es superior al 50% sino que este queda en 46.68% según el dictamen que se demanda, también se indicó en las consideraciones que la Junta Nacional debió explicar en detalle porque considero que la junta Regional había realizado una calificación errónea al aplicar los porcentajes frente a las deficiencias en la tabla 12.13; sin embargo le solicito a la sala tener en cuenta que para esos efectos hay unas situaciones particulares que me gustaría que observaran y la primera de ellas es que precisamente el Código General del proceso ha establecido que si existe alguna consideración que deba plantearse cuando se profiere un dictamen, es decir en este caso se estaba atacando el dictamen proferido por la Junta

nacional contrarrestándolo con el dictamen privado que pagó el demandante para demostrar según su dicho que estas patologías no coincidían con su estado de salud, que la misma norma ha dicho que se citaran a los peritos y forenses así como se citó al perito el Dr. Edgar Velandia quien explicó porque estos porcentajes de las patologías allí descritas no eran las correctas, así las cosas si dentro de la ponencia no se encuentra como quisiera el sentenciador de primera instancia, es decir en sus mismas palabras que se hubiese explicado en detalle, lo cierto es que también en las mismas consideraciones se dijo que en la explicación del testigo haciendo referencia al doctor Edgar Velandia había sido somera y detallada pero que brillaba por su ausencia la explicación en el dictamen que resolvió el recurso de apelación, sin embargo si nosotros nos remitimos a lo que él manifestó en esta misma audiencia se encuentra superada porque no quiere decir que por no estar detallado como lo exige el despacho en la ponencia no se hubiese podido escuchar en detalle el mismo Aquo lo informó de esta manera detallada cuál había sido el error de la Junta Regional y por ende las razones para las que luego de realizar las sumas y los porcentajes según las mismas tablas y las mismas operaciones que detallan manual con la cual la Junta Nacional debía hacer la calificación que esta situación no se hubiese sopesado, esto significa que el dictamen que realizó la Junta Nacional se encuentra conforme las exigencias que la ley prevé para la calificación de PCL, así que cuando se señala por parte del despacho que el perito viene a explicar el dictamen pero no lo adiciona ahí es cuando nuestras mismas palabras se puede ver que si en efecto da el detalle de porque varia el porcentaje, porque le actor a partir del hecho 24 manifestaba que no se había dado ninguna explicación de por qué había variado el porcentaje del 24 al 21.1 % en estas deficiencias así que mal podría haber hecho el perito adicionarle o agregarle cuando en efecto las razones que fundaron esta demanda era que se había disminuido el porcentaje de esas deficiencias sin dar ninguna explicación, pero como lo dije, estas explicaciones si fueron dadas por el médico que firma la ponencia de la Junta Nacional, así las cosas esta correcta aplicación de las tablas que traen para la calificación de PCL no habían afectado porque otra razón se declaró la nulidad del dictamen de la Junta Nacional en lo desfavorable al demandante y las calificaciones de las deficiencias, el médico explicó claramente haciendo referencia a este principio que si lo aplicaba, contrario a lo que se sustentó en la sentencia de primera instancia que no podía entenderse como no había considerado este principio para no reformar en lo que tenía que ver con el porcentaje del rol laboral pero que no se podía entender si se apartaba de la aplicación de este principio para disminuirla porque el perito había dicho cuando se le indagó frente a este principio en las calificaciones que esa había sido la razón y que si lo aplicaban y que si lo había cumplido precisamente un porcentaje que a pesar que la Junta Regional había hecho una calificación del rol e hizo la lectura frente a esta condición del rol laboral, no cambiar ese porcentaje que le había asignado la Junta Regional para aplicar el principio, pero señaló que no podía hacer caso omiso a la correcta aplicación de los porcentajes porque frente a la aplicación del principio está claro que el demandante fue el único apelante, no obstante no puede convertirse la aplicación de un principio en que se le exija a la Junta Nacional como se está señalando en el fallo atacado que pase o tenga que inobservar la mala aplicación de la tabla y que por ende los malos porcentajes en los que se equivocó la Junta Regional porque eso sería lo mismo que decir que por ser un apelante único si la Junta Nacional advierte un error que tiene que cumplir frente a las sumas que deben darse a las patologías, porque si nos vamos a ese punto pueden observar que tanto el porcentaje de PCL de la junta regional como la Junta Nacional son iguales, es decir la Junta Nacional hace una correcta suma de las deficiencias pero al final no cambia el porcentaje ni la fecha de estructuración, ambas situaciones atañen a lo mismo en este punto esos cambios en la aplicación correcta no le alcanza al demandante para decir que tenga un porcentaje igual o mayor del 50% para que le sea exigible a mi representada Porvenir el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez sino que esto es conforme a las explicaciones que se escucharon en la audiencia del Dr. Velandia, en la correcta aplicación de estas sumatorias por lo tanto en la calificación que hizo esta Junta de las patologías del demandante no se ha quebrantado el debido proceso ni las metodologías; contrario a como se indicó por el despacho que la ponencia no tenía la metodología para aplicar las tablas y que por esta razón había generado la sobrevaloración de la tabla 12.13 no se cumplen en este caso porque los dictámenes de la Junta Nacional no traen consigo las metodologías sino la explicación de lo que podemos leer en ambos dictámenes del análisis y las conclusiones por lo tanto se está exigiendo una situación más allá, que aun si no estuviera cumplida en este proceso se podría hablar de una violación del debido proceso pero además de ello esta exigencia de que cual fue la metodología para aplicar en las tablas también se hubiese encontrado superada con la explicación detallada que hizo el doctor Velandia, así que esta exigencia no puede predicarse de manera absoluta.

Igualmente quisiera que tuvieran en cuenta además de ello se considerara que en efecto el dictamen debe declararse nulo como se ha indicado en la parte resolutiva, si en verdad según la relación de aportes que se ha allegado al despacho de manera actualizada conforme a la orden impartida en la audiencia precedente si después de que el actor continuó laborando pese a las calificaciones de PCL que fue sometido no tenía el porcentaje del 50% si es posible entonces reconocer un retroactivo pensional desde la fecha en que fue retornado es decir el 17 de junio de 2018 considerando que según lo que se observa en esa relación de aportes, todos estos periodos a partir de este mes junio de 2018 fueron laborados y el demandante gozó de su salario según se encuentra acreditado allí por Porvenir, pero la pensión se está reconociendo desde estos años a la fecha que se incluya en nómina así que solicito revocar en su integridad el fallo y de no ser posible revisar el pago del retroactivo según los expedientes que se encuentran en digital.

CONSIDERACIONES

No fue objeto de reproche la relación laboral del actor con la sociedad Alecser Ltda., en virtud de la cual, se desempeña como guarda de seguridad y fue contratado a término fijo desde el 1 de abril de 2015, como lo certifica dicha sociedad en expediente digital, relación laboral que se encuentra vigente, no obstante, también se determinó que el actor no presta su servicios de manera continua debido a las incapacidades que le han sido expedidas por cuenta de sus padecimientos producto de accidente de tránsito.

Tampoco ofreció reproche que tales padecimientos del actor, fueron calificados por la EPS Aliansalud, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, entidad que determinó una PCL de 46.68% en dictamen de 22 de septiembre de 2017 y que fuera confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 17 de abril de 2018, en el que como lo alega el actor, este organismo disminuyó la calificación dada por la Junta Regional en las deficiencias denominadas *lesión parcial del nervio mediano izquierdo y neuropatía cubital izquierda,* adicionando otras deficiencias encontradas para el caso del actor, circunstancia que condujo a un mismo resultado en cuanto al porcentaje de PCL determinado por la Junta Regional.

Así las cosas, resulta pertinente recordar que el artículo 6 del Decreto 2463 de 2001 determinó que la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte debe ser realizada por la institución prestadora de servicios de salud que atendió a la persona por motivo de la contingencia en primera instancia y por la entidad administradora de riesgos

profesionales en segunda, y, que las controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez.

Por su parte el artículo 44 del Decreto 1352 de 26 de junio de 2013 "Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones", establece que las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez serán dirimidas por la Justicia Laboral Ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente.

Igualmente, en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, se estableció:

> *"(…) En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. …"*

Ahora bien, la determinación de la pérdida de capacidad laboral debe realizarse con sujeción al Manual Único para la Calificación de Invalidez –Decreto 917 de 1999-, de acuerdo con el cual, el dictamen debe fundamentarse en consideraciones de orden fáctico donde se relacionan los hechos ocurridos que dieron lugar, en este caso, a la enfermedad; y el diagnóstico clínico que debe estar soportado, entre otros, en la historia clínica y la historia ocupacional.

En el mismo sentido, el artículo 51 del Decreto 1352 de 2013 determina que los fundamentos de la calificación del origen y grado de pérdida de la

capacidad laboral, son de hecho y de derecho, siendo los primeros, aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia según se trate de accidente, enfermedad o muerte, los cuales independientemente de quién es el actor responsable de la información debe estar anexa en el expediente a radicar conforme lo dispone el art. 30 ibídem, al paso que los segundos, son todas las normas que se aplican al caso concreto.

Además de lo ya expuesto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha enseñado que los dictámenes proferidos por las Juntas no son prueba solemne y, por ello, su contenido puede ser valorado por el Juez de manera libre, dentro del marco de sus facultades de libre valoración de la prueba y libre formación del convencimiento[1].

Descendiendo al caso bajo estudio, se observa que como lo pone de presente la AFP recurrente, la decisión de primer grado determinó que no le era dable a la Junta Nacional disminuir al conocer del recurso de apelación interpuesto contra el dictamen proferido por la Junta Regional los porcentajes en los ítems de *lesión parcial de nervio mediano izquierdo* y *neuropatía cubital izquierda* sin argumento alguno para el efecto; frente a lo cual, se tiene que los dictámenes proferidos por las Juntas son documentos con carácter probatorio, que contienen el concepto experto que los calificadores emiten sobre el grado de la incapacidad, expertos a quienes la ley les encomendó específicamente esa labor y por tanto en principio son el medio más eficaz para que se pueda acceder con base en ellos a las prestaciones derivadas de los riegos laborales o comunes como ocurre en el caso bajo estudio.

No obstante, esta prueba como tal, bien puede ser atacada, mediante el trámite consagrado en el artículo 232 del CGP y si bien en el trámite procesal se aportó dictamen rendido por un profesional médico, quien rindió testimonio en audiencia prevista en el artículo 80 del CPTSS, lo cierto es que el análisis de este, no fue el sustento para concluir que la

[1] SL4297-2021 - Radicación n.° 88187 del 8 de septiembre de 2021

disminución del porcentaje bajo estudio, no se encontraba ajustada a la realidad en el caso del demandante, pues solo se indicó como primer argumento, que no se había sustentado por la Junta Nacional la disminución en comento, lo que si bien ocurrió pues en dicho dictamen no se evidencia mayor razonamiento al respecto, lo cierto es que como bien lo aduce la recurrente, la misma juzgadora encontró detallada la explicación que a este respecto dio el testigo Doctor Édgar Velandia como ponente del dictamen controvertido, al explicar cuáles habían sido los errores hallados en tales porcentajes por la Junta Regional de Calificación de Invalidez y que llevaron a su disminución, declaración que no fue objeto de tacha alguna y la falta de sustento alegada, no implica que lo señalado en el dictamen carezca de validez, menos cuando se itera, el profesional médico indicó en el trámite procesal el porqué de la disminución de las deficiencias anotadas.

De otra parte, no resultaba procedente como lo hizo la juzgadora de primer grado tener en cuenta porcentajes de uno y otro dictamen para concluir que la PCL del actor era superior al 50%, pues conforme la fijación del litigio y siendo el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el definitivo que señalaba la PCL del actor, ya que con este se resolvía el recurso de apelación contra el proferido por la Junta Regional, únicamente era sobre él que se debía centrar el estudio de los reproches que se le endilgaban, al ser el único que gozaba de firmeza.

Ahora bien, contrario a lo indicado por la recurrente, referente al principio de la *no reformatio in pejus,* se tiene que la Corte Constitucional entre otras en sentencias T – 468 de 1999 y T – 033 de 2002, ha reiterado que el mismo al ser una garantía del debido proceso, opera para las actuaciones administrativas, siendo aplicable entonces a las decisiones proferidas en este caso por las Juntas de Calificación de Calificación de Invalidez; no obstante ello, contrario a lo indicado en la decisión de instancia, se evidencia en esta oportunidad que no se incurrió en violación al principio en comento, pues si bien como se dijo, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez disminuyó porcentaje en 2 padecimientos a valorar, lo cierto es que valoró otros que no se

encontraban contenidos en el dictamen de la Junta Regional, lo que tuvo como resultado un porcentaje de PCL **igual** al señalado por la Junta Regional, de lo que se determina claramente que no hubo una disminución que perjudicara la situación del actor señalada en el dictamen de la Junta Regional, pues se itera, el porcentaje final que determinaba la PCL del actor, se mantuvo incólume en el dictamen proferido por la Junta Nacional, al resolverse el recurso de apelación.

Conforme lo anterior, y al no evidenciarse yerro alguno que permita concluir que el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 17 de abril de 2018, debe ser objeto de modificación en cuanto a la PCL allí señalada, habrá de **revocarse** la decisión apelada para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión apelada para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C.

SALA DE DECISIÓN LABORAL

DEMANDANTE: GILBERT MEJÍA LAGUNA

DEMANDADO: NUEVA EPS S.A.

RADICADO: 11001 22 05 000 2022 00774 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

S E N T E N C I A:

Procede la sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 31 de marzo de 2022, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual resolvió DECLARAR que las pretensiones incoadas presentaban carencia actual de objeto por hecho superado.

Como fundamento de sus pretensiones señaló el señor Gilbert Mejía en calidad de agente oficioso de su hijo Andrés Felipe Mejía que la EPS accionada se ha negado a prestarle a este último los servicios de atención en imagenología requeridos para la valoración de ortodoncia, valoración que ha sido solicitada por el cirujano maxilofacial y que es necesaria para su diagnóstico, que inicialmente solicitó consulta con odontología por dolor constante en articulación temporomandibular y por dificultad en la masticación, que en dicha consulta es remitido a cirugía maxilofacial, especialista que le ordena resonancia y valoración por ortodoncia, sin embargo para dicha valoración requiere unas radiografías que fueron solicitadas el 4 de noviembre de 2021, pero tal servicio fue negado por la accionada argumentando que era un tratamiento estético.

Indica por último que el mismo cirujano maxilofacial le ordenó una tomografía, pero no pudo ser practicada ya que la orden no iba dirigida a ninguna entidad y esta se puede practicar en IDIME, no obstante la NUEVA EPS se niega a prestar tal servicio.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 31 de marzo de 2022, resolvió **DECLARAR** que las pretensiones presentadas en la demanda carecían de objeto por hecho superado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el demandante indicó que si bien se habían expedido autorizaciones por la EPS accionada para la práctica de los procedimientos denominados *resonancia magnética de articulación temporomandibular y tomografía computada de senos paranasales o cara* y estos ya habían sido realizados y el derecho a la salud no se garantizaba tan solo con la expedición de la autorización sino con la efectividad de la misma, que en su caso, habían tenido que pasar 73 días para la práctica de la resonancia en comento y 8 meses para tomografía y no se había ordenado en la sentencia el tratamiento integral solicitado, lo que lo ponía de nuevo en una situación de desventaja frente a la accionada, ya que en el caso de que dicha EPS siguiera sustrayéndose de sus obligaciones, se vería obligado a interponer más acciones de esta índole.

CONSIDERACIONES

Conforme escrito de impugnación señalado, se evidencia que la inconformidad del actor frente a la decisión de la Superintendencia radica en la negativa de ordenar el tratamiento integral para la atención médica en curso por la especialidad de odontología de su hijo.

Al respecto, se tiene que como bien lo señaló la Superintendencia en decisión impugnada, conforme los preceptos de las leyes 1122 de 2007 y 1949 de 2019, su función jurisdiccional, no se extiende a ordenar tratamiento integral alguno, sino a garantizar la correcta prestación de los servicios y tratamientos en salud **ya ordenados** y que aún así son negados por los prestadores del servicio público de salud, en aras de proteger dicho derecho fundamental; así las cosas se torna improcedente ordenar el tratamiento solicitado por el accionante, más aún cuando se probó que en el trámite procesal, la accionada suministró el tratamiento ordenado al menor Andrés Felipe Mejía, sin que obre autorización de procedimiento alguno pendiente por realizar por parte de esta última.

Por lo anterior, se **confirmará** la decisión de primer grado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida el 31 de marzo de 2022, por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO