

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105033202100014-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ALEJANDRO ORTIZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
Llamada en garantía	

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **ALEJANDRO ORTIZ RODRÍGUEZ** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección y posteriormente a la AFP Skandia, por omisión al deber de información. En consecuencia, se les **condene** a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS, bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación sin solución de continuidad desde el 1 de diciembre de 1986; que se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 03, carpeta 1ª inst, exp. digital), señaló en síntesis, que se vinculó al ISS desde el 1º de diciembre de 1986, donde aportó 499,71 semanas; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección el 13 de marzo de 1996, sin haber sido debidamente informado sobre las implicaciones de

abandonar el RPM, no le indicaron nada sobre la definición del monto de su pensión, ni le realizaron proyecciones pensionales, ni le manifestaron que el monto de su prestación dependía del saldo de la cuenta de ahorro individual, tampoco le explicaron las diferencias entre los dos regímenes pensionales, y por el contrario le ofreció unos presuntos mejores beneficios, como que se podía pensionar a la edad que quisiera sin darle más detalles; que le dijeron que el ISS estaba pasando por una crisis económica y posiblemente él no se alcanzaría a pensionar allí.

Narró que, posteriormente en agosto de 2018, se trasladó a la AFP Skandia S.A., sin que le suministraran ningún tipo de información, pues omitieron manifestarle los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de pertenecer a ese régimen, incumpliendo su deber de información y buen consejo; que no le explicaron que su mesada pensional sería muy inferior a la que le hubiera correspondido de haber alcanzado el status pensional en el RPM.

Expuso que, al momento de presentar la demanda contaban con más de 1.435 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, y que en el año 2025 alcanzará los 62 años de edad; que solicitó la proyección de su pensión a Skandia quien el 25 de octubre de 2020, le informó que esta sería de \$3.000.000, es decir, sobre una tasa de reemplazo del 35.21%, lo que le generó desconcierto, angustia y frustración, pues su IBL es de \$7.500.000; que el 23 de octubre de 2020, realizó la reclamación administrativa ante Colpensiones, quien negó lo pretendido porque se encontraba a menos de 10 años del cumplimiento de la edad mínima de pensión.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 14 carpeta 1ª inst exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor estuvo vinculado al RPM realizando aportes, la cantidad de semanas allí cotizadas, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La AFP PROTECCIÓN contestó (archivo 16, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, indicó que no

eran ciertos o que no le constaban por corresponder a un tercero. Aclaró que, asesoró al demandante respecto a todo el sistema general de pensiones colombiano, donde se le explicaron las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre ambos, la forma de adquirir una pensión en uno y otro, las consecuencias del traslado y todos los aspectos necesarios para que el mismo pudiera tener claridad respecto a su panorama pensional, esto con el fin de que el actor pudiera tomar libremente la decisión de vincularse o no al RAIS, y que le realizó proyecciones pensionales verbales en ambos regímenes, con el fin de darle un panorama de estos, y que fue él quien de forma libre escogió.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes a la AFP Skandia y la innominada o genérica.

La **AFP SKANDIA S.A.** contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst, exp digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó el traslado del actor de Protección a Skandia mediante formulario firmado el 26 de septiembre de 2018 con efectividad a partir del 01 de noviembre de igual año y hasta la fecha, data para la cual él ya se encontraba dentro de la prohibición legal establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, desde su nacimiento ha contado con departamentos especializados, donde capacitan a todos sus funcionarios y especialmente a sus asesores comerciales para que puedan explicar de manera satisfactoria, las características, particularidades, bondades y limitaciones del RAIS; que al demandante se le realizó una entrevista personal; y que este venía de otro fondo, por lo que ya tenía un conocimiento previo de ese régimen, sus ventajas, características y demás componentes de éste, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más como una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el promotor del litigio, pues el régimen era el mismo, la única diferencia era la rentabilidad.

Formuló como excepciones de fondo, las de actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este

proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Adicionalmente, solicitó el llamamiento en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 74-78 archivo 09, carpeta 1ª inst exp. digital), en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron entre 01/01/2018 a 31/12/2018, el que fue admitido por el Juzgado de origen (archivo 20, carpeta 1ª inst, exp. digital), y una vez notificada esa aseguradora, contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de esta y que no le constaba ningún hecho. Frente al llamamiento en garantía, expuso que en el hipotético caso que se llegare a declarar la ineficacia del traslado de régimen y se ordenara la devolución de aportes, el seguro previsional expedido por ellos no tenía esa cobertura, por cuanto únicamente cobijaba el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente.

Formuló como excepciones de mérito, las de: i) frente a la acción material ejercida por la demandante, la AFP Skandia carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”; ii) “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; iii) a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP Skandia, y por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; iv) inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP Skandia; v) prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; y vi) reconocimiento oficioso de excepciones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de marzo de 2023 (archivo 28-30 carpeta 1ª inst, exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada a ALEJANDRO ORTIZ RODRÍGUEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.157.287, afiliada el 13 de MARZO DE 1996 a PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que ALEJANDRO ORTIZ RODRÍGUEZ actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -

COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de ALEJANDRO ORTIZ RODRÍGUEZ a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de ALEJANDRO ORTIZ RODRÍGUEZ, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.

QUINTO: CONDENAR a SKANDIA S. A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.

SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS de las pretensiones incoadas en su contra.

NOVENO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de DOS (2) SMLMV para SKANDIA S.A., DOS (2) SMLMV para PROTECCIÓN S.A. y UNO PUNTO CINCO (1,5) SMLMV a cargo de COLPENSIONES, en favor de la parte demandante.

Para fundamentar su decisión sostuvo que, para estudiar la legalidad del traslado llevado a cabo en 1996, la normatividad aplicable eran los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los cánones 10 y 12 de la Ley 720 de 1994. En este sentido, expresó que los fondos privados de pensiones desde su creación tenían a su cargo el deber de dar información acerca de las características del sistema, las condiciones de acceso a las prestaciones, los efectos y riesgos de ambos regímenes pensionales, esto como una medida de protección que le permitiera al usuario tomar una decisión informada y consiente sobre su futuro pensional.

Señaló que, conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral sobre ineficacia del traslado, siempre se debía verificar la asesoría dada al afiliado, fijando, primero, que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional; segundo, que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones allí consignadas no eran suficientes para dar por demostrado el deber de información, que acreditaban un consentimiento, pero no informado; tercero, que las AFP tenía la carga de demostrar cuál había sido la información entregada al potencial afiliado; y cuarto, que para que procediera la ineficacia no era necesario contar con una expectativa pensional o derecho causado.

Frente a las pruebas allegadas consideró que si bien obraba un documento de reasesoría este no estaba calendado en 1996, sino de 2015, de tal manera que esta y las proyecciones que se allegaron al proceso no fueron puestas en conocimiento del actor al momento de realizarse el traslado de régimen. Advirtió que, del interrogatorio de parte rendido por el demandante no se obtuvo confesión alguna pues, si bien este informó que le expusieron algunas características del RAIS, estas por si solas no acreditaban el deber de información para el año 1996.

Sostuvo que, los actos de relacionamiento alegados por las demandadas, tales como el traslado entre AFPs, y las cotizaciones a cada una de éstas, NO podían sanear la omisión al deber de información al momento del traslado inicial en 1996, y que incluso en el traslado horizontal realizado a Skandia tampoco se apreciaba el cumplimiento de dicho deber.

En consecuencia, afirmó que declarararía la ineficacia del traslado al RAIS y, por ende, las AFPs demandadas debían devolver a Colpensiones los recursos recaudados, tales como cotizaciones, cuotas de administración, primas de seguros previsionales, lo descontado por pensión de garantía mínima, estos con cargo a sus propios recursos.

De otro lado, respecto del llamamiento en garantía de Skandia a Mapfre, indicó que este no tenía vocación de prosperidad, porque el seguro previsional contratado, tenía como finalidad cubrir a los afiliados de la AFP de los riesgos de invalidez y muerte, incluyendo el auxilio funerario, y no a Skandia respecto de otras contingencias, por lo que no podía ser condenada a la devolución de las primas del seguro pagado, en consecuencia, absolvería de las pretensiones en su contra.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social era un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La AFP SKANDIA S.A., interpuso recurso de apelación parcial, solo frente a la condena de devolver cuotas de administración, y primas de seguros previsionales debidamente indexados, para que esta sea revocada, teniendo en cuenta que con la Ley 100 de 1993 se creó el RAIS y con ello una serie de obligaciones para las AFP y sus

afiliados; que conforme el artículo 20 de la norma en mención indicaba que «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».

Indicó que, en ambos regímenes pensionales, se realizaban descuentos para financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes, siendo obligaciones de todas las administradoras de pensiones. Por lo que Skandia en cumplimiento de ello debía cobrar las comisiones por administrar los aportes del afiliado, garantizar una rentabilidad, y en caso de presentarse la contingencia de invalidez o muerte asegurarse para poder financiar la prestación correspondiente.

Sostuvo que, en este asunto correspondía hacer un estudio respecto de las restituciones mutuas y la buena fe, pues Skandia cumplió con sus obligaciones, y por ello los dineros que ahora debe retornar ya no se encuentran en su poder, pues las primas de los seguros previsionales ya fueron entregadas a la aseguradora, y no puede desconocerse que el señor Ortiz Rodríguez ha estado protegido de las contingencias de invalidez y muerte.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que la AFP Protección que había provocado el traslado de régimen, para el año 2015, había realizado una reasesoría, cuando el afiliado aún no estaba inmerso en la prohibición de cambio de régimen, por lo que tuvo el tiempo oportuno para retornar al RPM, pues allí se le indicó que le convenía más estar en Colpensiones, sin embargo, prefirió permanecer en el RAIS, y solo hasta el año 2020 es que pretende que se declare la ineficacia.

Sostuvo que, para 1996, cuando se realizó el cambio de régimen, el deber de información se acreditaba únicamente con el formulario de afiliación, de conformidad con los decretos 663 de 1993 y 1642 de 1995, ya que establecían que la selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en las leyes era libre y voluntaria por parte del trabajador y se entenderá afectada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la superintendencia Bancaria.

Consideró que con el traslado del afiliado al RPM se estaría generando una descapitalización al sistema, toda vez que no existía un cálculo frente al valor o valores que debe cubrir Colpensiones, pues además de los aportes del RAIS también debería condenarse a un cálculo de rentabilidad.

Por último, solicitó revocar la condena en costas, ya que el artículo 48 de la Constitución Política prevé que la seguridad social es un servicio público en el que no se podrán destinar los recursos de las instituciones de la seguridad social diferentes a ella, así el pago de costas sería contrario a esa norma constitucional, y además no participó en el acto de traslado ineficaz, por lo que es una tercera de buena fe.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Skandia y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Protección y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor ALEJANDRO ORTIZ RODRÍGUEZ nació el 22 de septiembre de 1963; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 07 de septiembre de 1992, hasta el 31 de marzo de 1996, un total de 175,14 semanas; *iii)* que el **13 de marzo de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1° de mayo de igual año, según certificado SIAFP (f.° 48 archivo 16, carpeta 1ª inst exp. Digital); y *iv)* que el 26 de septiembre de 2018, se vinculó a la AFP Skandia (archivo 09, carpeta 1ª inst exp. Digital) donde ha venido cotizando hasta la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron

(CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663

de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**13 de marzo de 1996**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección S.A., que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección suscrito el **13 de marzo de 1996**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actor pasó de Protección a Skandia, o porque le realizaron una reasesoría como en este asunto en el año 2015, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, o que al haber permanecido en el mismo régimen desde el año 1996, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de

Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Debe hacerse claridad además en cuanto a que, los fondos privados tienen libertad probatoria para probar que el consentimiento del afiliado vertido en el formulario de afiliación **fue informado**, es decir, puede hacerlo a través de cualquier medio de prueba conforme lo establecido en el Código General del Proceso, por ende, resulta equivocado señalar que a las AFP se les está imponiendo obligaciones que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, máxime que el deber de información nació desde la creación del RAIS, y era a los fondos privados como expertos en la materia a quienes le correspondía tener los archivos de la documentación soporte del traslado, pero aquí Colfondos no demostró siquiera que hubiese entregado la información básica.

Tampoco puede admitirse que porque actualmente está inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 2000; el hecho que se hubiese trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «*sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello*» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta

Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar el numeral quinto de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. y a Skandia S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA APELACIÓN COLPENSIONES

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del

CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, es natural que sea condenada en costas.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Skandia S.A., como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el 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:

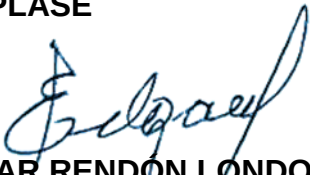
PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y a la **AFP SKANDIA S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos

durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de esas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Skadia.

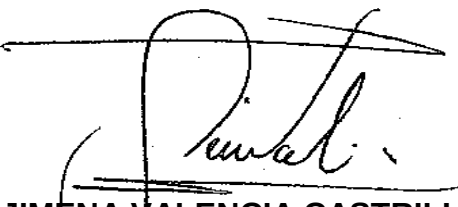
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Skandia S.A., la suma de \$1.160.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503720190084001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA MERCEDES SOTO GALLEGO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA MERCEDES SOTO GALLEGO** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Colfondos por omisión al deber de información. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a la AFP a trasladar a Colpensiones sus bonos pensionales, aportes, ahorros y cualquier otro rubro que hubiese recibido con ocasión de su afiliación; que se **ordene** a Colpensiones tenerla como afiliada del RPM; que se **condene** a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 01 – 15 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 19 de octubre de 1960; que cotizó al RPM con el entonces ISS desde el 16 de mayo de 198,1 hasta el 31 de octubre de 2001, acumulando un total de 398 semanas; que en el año 2001, unos asesores de Colfondos acudieron a su lugar de trabajo y le ofrecieron trasladarse al

RAIS, para lo cual le indicaron que en este régimen podría pensionarse a cualquier edad, que el monto de su pensión sería más alto y que el ISS desaparecería; que en tal sentido no recibió una información real, comprensible y completa y que con base en engaños se la indujo a trasladarse a tal AFP lo cual efectuó a través del diligenciamiento de formulario de afiliación del 25 de octubre de 2001.

Refirió que, los días 25 y 26 de julio de 2019, elevó derechos de petición a Colpensiones y a Colfondos S.A., respectivamente, en los que solicitaba la nulidad de su traslado al RAIS y consecuente retorno al RPM, los cuales fueron contestadas de manera negativa por ambas entidades; que al 17 de enero de 2019, ha cotizado 1.261 semanas en el Sistema General de Seguridad Social; que su ingreso base de liquidación supera los tres salarios mínimos legales vigentes y que, de pensionarse en el RAIS, su mesada sería un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que la que obtendría de haber permanecido en el RPM le resultaba más favorable.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que ella cotizó al RPM con el entonces ISS desde el 16 de mayo de 1981 hasta el 31 de octubre de 2001, acumulando un total de 398 semanas y que el 25 de julio de 2019, elevó derecho de petición a Colpensiones en el que solicitaba la nulidad de su traslado al RAIS y consecuente retorno al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por esta entidad. Frente a los demás hechos, indicó que no le constaban.

Propuso como excepciones de fondo, las de el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contestó (fº 1 – 18 archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora; que el 16 de julio de 2019 la demandante elevó petición a la AFP en la que solicitaba la nulidad de su traslado al RAIS y consecuente retorno al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por esta entidad; que la actora al 17 de enero de 2019 contaba con un total de 1261 semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social; que el ingreso base de liquidación de la actora a la fecha de la presentación de la demanda

supera tres salarios mínimos vigentes y que su mesada pensional con Colfondos S.A. sería un salario mínimo legal mensual vigente

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de febrero de 2023 (archivo 21 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora MARÍA MERCEDES SOTO GALLEGU del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 25 de octubre de 2001. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, todos los todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A., para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV. Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión.

Para fundamentar su decisión, el Juez señaló que para la resolución del caso debía acogerse la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en donde se fijaron unos parámetros para resolver los casos de ineficacia, considerando que estos se condensan en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019.

El primer parámetro era que 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, lo que se concluía de la interpretación del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues solo podía entenderse que una decisión era libre y voluntaria cuando estaba precedida de una información suficiente para tomarla, la cual debía contener por lo menos una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

El segundo correspondía a que de la firma del formulario de afiliación por parte del afiliado podía colegirse su voluntad, pero ello no podía considerarse como prueba de un consentimiento debidamente informado. Agregó que, en ese sentido ese documento no resultaba suficiente para dar por cumplido el deber de información, por lo que las AFP debían acreditar con otros medios de prueba su cumplimiento.

El tercero, referente a que eran las AFP quienes tenían la carga de la prueba de demostrar que atendieron su objeto social con el debido cuidado y diligencia. Y cuarto, que la línea jurisprudencial de ineficacia aplicaba para todos los afiliados sin discriminación alguna, por su condición especial, sin que requieran ser beneficiario del régimen de transición.

Expuso que, en este caso estaba acreditado que la actora se trasladó al RAIS a través del formulario de afiliación suscrito con Colfondos el 25 de octubre del año 2001, data para la cual la actora contaba con 386 semanas aportadas al RPM, refirió que el mencionado formulario cumplía con todos los requisitos formales exigidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; no obstante, de él no se podía colegir que la afiliada hubiese sido debidamente informado para tomar la decisión del traslado de régimen.

Indicó que, de la declaración de parte de la actora, no se podía extraer una confesión, porque de ninguna manera admitió que se le hubiesen explicado todas las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos del RAIS, brillando por su ausencia manifestación alguna respecto del RPM, por ende, sostuvo que Colfondos no cumplió con el deber de información y, en consecuencia, declarar la ineficacia del traslado de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad la sentencia. Para tal efecto argumentó que no desconocía que las AFP desde su creación tenían el deber de información, sin embargo, que el a quo no tuvo en cuenta que dicho deber se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009, en donde se exigió el deber de asesoría y buen consejo, por lo que no era dable requerir el cumplimiento de estas prerrogativas para el momento en que se llevó a cabo el traslado, pues no estaban vigentes para esa data.

Consideró que, las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales estaban consignadas en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, normatividad que por ser de alcance nacional imponía su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo que no era dable alegar la ignorancia como excusa a su favor para endilgarle a la AFP la responsabilidad de haber omitido informarse al respecto, más cuando la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria ejerciendo su derecho de libre escogencia de régimen pensional.

Sostuvo que, la inconformidad de la actora respecto del RAIS giraba en torno a lo que sería la liquidación de su mesada pensional, situación que se encontraba definida en la Ley 100 de 1993, y por ello esa liquidación no obedecía a un capricho de las AFP, por lo que no podía dar lugar a la ineficacia del traslado de régimen.

Finalmente, indicó que debía tenerse en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política, que impacta en la reserva financiera del régimen pensional, por lo que el eventual traslado de la actora afectaría significativamente el mismo, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte, la falta de contribución al fondo común y la carga que generaría para los demás afiliados el eventual reconocimiento de una pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **MARÍA MERCEDES SOTO GALLEGO** nació el 19 de octubre de 1960 (f°17 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS donde cotizó desde el 16 de mayo de 1981, hasta el 31 de octubre de 2001, un total de 386 semanas (f° 23 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iii)* que el 25 de octubre de 2001, suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos, a través del cual se trasladó al RAIS el cual se hizo efectivo a partir del **01 de diciembre de 2001** (f° 103 – 104 archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital) y allí permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en

los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–25 de octubre de 2001 con efectividad del 01 de diciembre del mismo año –**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo

cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFP suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos

pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, se observa que el a quo ordenó la devolución de tales emolumentos, pero no previó su indexación, por lo que se adicionará la sentencia en tal sentido y se dispondrá la indexación de los valores a restituir en favor de Colpensiones, ya que a su favor se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Y es que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no vulnera el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus

rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que no le asiste razón a tal administradora en los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el 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: ADICIONAR Y MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de **CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a la indexación de los valores que deberá restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de conformidad con lo ordenado por el *a quo*, acorde con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

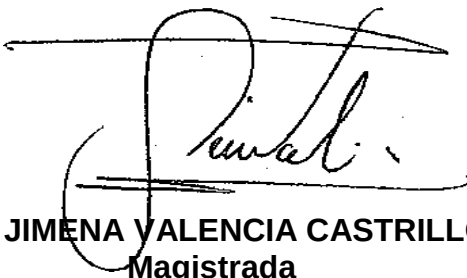
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503820180037401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAVIER GIOVANNI HERNÁNDEZ PRADA
DEMANDADO	ALFA PRODUCCIONES S.A.S.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:
ANTECEDENTES

Pretende el señor **Javier Giovanny Hernández Prada** se **declare** que entre las partes existió un contrato laboral por más de 19 años; que se le adeuda la liquidación laboral, la indemnización por la demora en el pago de la liquidación, el pago a seguridad social desde que inició la relación laboral; que la demandada debe pagarle indemnización por daños y perjuicios; que la demandada le debe pagar por el uso de imagen y representación comercial durante toda la relación laboral.

Como consecuencia de lo anterior, se **condene** al pago total de la liquidación a la fecha de terminación del contrato, a la sanción moratoria por la demora en el pago, por concepto de preaviso a la terminación del contrato, por concepto de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, aportes a seguridad social, indemnización por daños y perjuicios, al pago por el uso de imagen y representación comercial durante toda la relación laboral (fº 4 a 6, archivo 01, exp. Digital, CD fº 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 3 y 4, archivo 01, exp. Digital, CD fº 5), señaló en síntesis, que el demandado contrató sus servicios laborales como músico, vocalista principal y/o guitarrista del grupo musical «LOS ALFA 8»,

mediante un contrato de exclusividad desde el año 1998, el cual tendría una duración de 3 años; que con posterioridad a los 3 años de exclusividad se realizó contrato de prestación de servicios, el cual contiene cláusulas donde se encuentra la subordinación laboral, obligada a realizar ensayos, entrevistas y cumplir horario sin ninguna retribución por los mismos.

Narró que, la asignación salarial mensual era de \$2.000.000 por la época; que el accionando nunca le pagó seguridad social; que se le exigía por parte de la accionada asistencia a ensayos en horas y días asignados, sin ninguna retribución económica, de lo contrario la inasistencia le generaba multa o desmejora en el pago; que se le exigía asistir a eventos, entrevista, noticieros y diferentes medios de comunicación, sin ningún reconocimiento pecuniario.

Agregó que, debía portar el vestuario otorgado por la pasiva, así como todos los accesorios aportados por el mismo; que durante los 19 años de la vinculación laboral nunca disfrutó de periodo de vacaciones, ni recibió el pago compensatorio; acotó que, pese a que ha podido desempeñar funciones en otras orquestas de forma esporádica, previa autorización del demandado y debido a la baja afluencia de trabajo que se empezó a presentar, nunca ha recibido su carta de libertad.

Sostuvo que, la sociedad demandada no cumplió con el requisito del preaviso; que durante la relación laboral nunca recibió pago por el uso de su imagen y representación de la agrupación los Alfa 8, siendo ganadores de varios premios y reconocimientos a nivel nacional e internacional; que los pagos realizados se daban por medio de dos razones sociales los ALFA 8 y ALFA PRODUCCIONES S.A.S.; que hasta la fecha de presentación de la demanda hacía parte de toda la publicidad de la agrupación.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La empresa **ALFA PRODUCCIONES S.A.S.** contestó la demanda (f°. 82 a 16, archivo 01, exp. Digital, CD f° 5), oponiéndose a las pretensiones; en cuanto a los hechos dijo ser cierto que al actor no se le realizó cotizaciones a seguridad social, ya que al ser contratista independiente dicha obligación recaía en él; en relación a los demás hechos manifestó no constarle.

Propuso como excepciones, buena fe, falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de marzo de 2021 (archivo 6– CD f° 55), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ALFA PRODUCCIONES S.A.S., de las pretensiones de la demanda, relacionadas con el reconocimiento y pago de acreencias laborales derivadas de la existencia de un único vínculo contractual laboral JAVIER GIOVANNI HERNÁNDEZ PRADA con una vigencia de 19 años.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ALFA PRODUCCIONES S.A.S. a pagar a favor del demandante JAVIER GIOVANNI HERNÁNDEZ PRADA y con destino a la AFP PROTECCIÓN S.A., el valor del cálculo actuarial, a entera satisfacción de la entidad en que se encuentra afiliado el demandante, correspondiente a los periodos laborados en la forma consignada en la parte motiva de la presente sentencia. Debiéndose tomar para el efecto los periodos de cotización e ingresos base de cotización que se relacionaron en la parte motiva. Lo anterior, por lo dispuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a la demanda a la demandada ALFA PRODUCCIONES S.A.S., de las restantes pretensiones de la demanda formulada por el señor JAVIER GIOVANNI HERNÁNDEZ PRADA. Lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio el Despacho declaran no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas y se considera relevado del estudio de las propuestas frente a la absolución que procede.

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'500.000, en favor del demandante.

Para fundamentar su decisión, el a quo señaló que revisado el expediente, se encontraba acreditado plenamente la prestación personal de servicio, la actividad desplegada por el accionante a la convocada a juicio, no solamente por lo manifestado en el nivel introductorio, sino que además había sido admitido por la demandada al indicar que la prestación del servicio se había dado en el marco de una vinculación regida por disposiciones del derecho civil.

Enfatizó que, habían sido aportados varios contratos de prestación de servicios con base en los cuales podía deducir el despacho que la actividad del accionante era autónoma en el ejercicio de sus funciones, asimismo se tenía que el accionante había señalado que hacía cotizaciones al sistema integral de seguridad social en su momento como trabajador independiente. Sostuvo que, en los contratos se consignaban algunas obligaciones en particular respecto del incumplimientos de horarios, ensayos, presentaciones, como imposición de sanciones; de igual manera se había observado que, dado a que el demandante era un músico o cantante debía asistir a presentaciones siguiendo órdenes e instrucciones por parte de la accionada, incluso tenía que portar una

indumentaria para cada presentación que era suministrada por ellos, en ese contexto, dada la naturaleza de la actividad, la misma era subordinada; por lo tanto, se estaba en presencia de una vinculación de carácter laboral.

Precisó que, a pesar de lo anterior revisada la documental y las declaraciones rendidas en la instancia y de los interrogatorios practicados, no se había podido evidenciar que efectivamente la actividad del demandante se hubiera cumplido de manera ininterrumpida durante 19 años en la forma aducida en la cápita de hechos de la demanda, llegando a la conclusión de que se habían dado múltiples contratos de trabajo cuya duración estaba determinada por el evento, en consecuencia, a pesar de que se podía deducir la actividad subordinada en el marco de un escenario laboral, no encontraba que tal subordinada se hubiera cumplido de manera continua para deducir la existencia de una única vinculación contractual laboral, sin que pudiera declarar la existencia de varios contratos laborales al no haberse solicitado de esta manera en la demanda, no siendo procedente modificar el querer de la parte cuando reclama la existencia de una única vinculación laboral vigente durante 19 años, sin que tampoco pudiera hacer uso de las facultades extra y ultrapetita, pues se requería que hubieran sido debatidas en juicio.

Arguyó que, todo trabajador dependiente, con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993 y las disposiciones previas a ella, son afiliados obligatorios al sistema general de pensiones, en caso no de efectuarse dicha obligación por parte del empleador le correspondía asumir la totalidad del aporte, incluyendo la porción del trabajador a título de sanción por su incumplimiento, en ese sentido se tenía que la demandada no había efectuado los pagos de aportes pensionales en favor del demandante en los períodos laborados, procediendo a condenar a la demandada al pago de los mismos tomando para el efecto el valor del importe de cada uno de los contratos de prestación de servicios que fueron aportados al proceso, sin ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, relacionando el IBC desde el 11 de diciembre del 2008 hasta el 31 de diciembre del 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

La empresa **ALFA PRODUCCIONES S.A.S.** interpuso recurso de apelación argumentando que el vínculo que tuvo la parte actora con la empresa fue bajo la total autonomía e independencia tal como se había probado de las pruebas practicadas y aportadas al expediente; que si bien era cierto se daba una prestación de un servicio, el hecho de que fuera cantante o músico no podía entenderse que se manejara bajo dependencia, por el contrario, la profesión del demandante era una profesión completamente liberal y autónoma, como sucedía con abogados que si bien podía tener

unas obligaciones frente a sus clientes, también lo era que no por ese simple hecho de la prestación personal del servicio pudiera estar frente a una relación laboral.

Refirió que, el hecho de que el actor desplegará sus actividades con la orquesta de los ALFA 8, no implicaba que se pudiera entender que existiera una dependencia total y absoluta, como se debía estimar dentro de una relación laboral. En este sentido, logró demostrarse, y estaba en el plenario, que en primer lugar el señor Javier Hernández desarrollaba sus actividades y decidía si prestaba o no prestaba el servicio, como se había podido establecer a través de las testimoniales y del mismo interrogatorio de parte, que en las oportunidades que el señor no podía, o no quería, o estaba comprometido con otro tipo de actividades profesionales, lo podía hacer sin que se pudiera entender que eso fuera a llegar a constituir algún tipo de vínculo laboral.

Indicó que, un profesional del derecho tenía la obligación de concurrir a una audiencia, la obligación de comportarse, vestirme y de actuar como un profesional del derecho, ello no quería decir que tuviera un vínculo laboral con cada uno de sus clientes; en este caso había quedado acreditada la autonomía en que desarrollo la actividad el demandante, incluso en muchos eventos o en muchas ocasiones podía recomendar a una persona para el desarrollo de las actividades; que en el ejercicio o en la ejecución de cualquier tipo de vínculo, llámese comercial, civil o laboral, existen obligaciones de cada una de las partes y esas obligaciones la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el hecho del cumplimiento de algunas obligaciones en la ejecución de un contrato no es óbice para determinar la existencia de una relación laboral.

Acotó que, se apartaba de la decisión del despacho al considerar que en esa ocasionalidad de la prestación de los servicios pudiera entenderse la existencia de uno o varios contratos de trabajo, ya que estas relaciones eran completamente ocasionales, es decir, que esa ejecución de un contrato de dos días no pude lograr determinar un vínculo laboral. Finalmente indicó que, el promotor del litigio había tenido provecho de esa relación contractual ya que la utilizaba como vitrina para mostrarse profesionalmente al ejecutar actividades para una orquesta tan prestigiosa como los Alfa 8.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en estricta aplicación del principio de consonancia previsto en precepto 66 A del CPTSS.

Problema jurídico

De conformidad con el recurso de alzada corresponde está Sala decisión establecer: **i)** si las partes estuvieron ligadas por una relación laboral dependiente y subordinada, o si, por el contrario, lo que existió fue un contrato de prestación de servicios, ejecutado en forma autónoma e independiente por el demandante y regido por normativas ajenas al derecho laboral; **ii)** en caso positivo, se determinará si hay lugar al pago de aportes a seguridad social en pensiones.

Existencia del contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*». Así pues, le basta al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Así, quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST (CSJ SL, 1.º jul. 2009, rad. 30437, CSJ SL, 5 ag. 2009, rad. 36549, CSJ SL, 13 abr. 2010, rad. 34223, CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, CSJ SL6621-2017, CSJ SL2536-2018, CSJ SL1166-2018, CSJ SL460-2021, entre otras).

Es así, como en el presente asunto tiene plena operancia la presunción del antedicho artículo 24 CST, como quiera que se encuentra reconocido por las partes que el señor Javier Giovanni Hernández Prada prestó sus servicios personales para la empresa demandada como músico y cantante, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar como bien se dijo inicialmente que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador a quien le corresponde desvirtuarlo, tal y como lo ha tenido por sentado la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL1439-2021, en la cual señaló:

A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado - entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.

Agregó, la Corte Suprema Sala Laboral en la sentencia citada algunos indicios para la determinación de la relación de trabajo subordinada, indicando:

La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)¹.

Bajo lo anterior, procede la Sala a verificar el caudal probatorio a fin de verificarse las condiciones de su ejecución y, por consiguiente, si en efecto el demandante se encontraba bajo subordinación de la sociedad demandada.

La parte actora aportó como pruebas documentales:

- Certificado expedido por la Gerente de Ventas de los Alfa 8 de fecha 9 de marzo de 2016, en el cual certificó que el señor Javier Giovanni Hernández prestó sus servicios como músico, vocalista y/o guitarrista desde el 1 de junio de 1999, para los Alfa 8, limitándose a las presentaciones legalmente contratadas por la agrupación (fº 16, archivo 01, exp. Digital, CD fº 5).
- Comprobantes de pago 514658, 514752, 514734, 514566 y 514613 (fº 17 a 18, archivo 01, exp. Digital, CD fº 5).

¹ En general, podría afirmarse que los indicios construidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

- Recortes de periódico con publicidad y noticias de los Alfa 8 (f° 19 a 23, archivo 01, exp. Digital, CD f° 5).
- Pantallazos de videos de la orquesta (f° 24 a 39, archivo 01, exp. Digital, CD f° 5).
- Liquidación del contrato de trabajo con extremos 1 de junio de 1999 al 2 de abril de 2018, sin suscripción entre las partes (f° 40, archivo 01, exp. Digital, CD f° 5).

La parte demandada aportó:

- Certificado de existencia y representación legal de la empresa Barrio Fino Orquesta expedido por Cámara y Comercio de Bogotá de fecha 30 de enero de 2019, en la que aparece el señor Javier Giovanni Hernández Prada como propietario (f° 111, archivo 01, exp. Digital, CD f° 5).
- Certificado de fecha 30 de enero de 2019, expedido por el señor Alberto Castillo Garcés – vicepresidente Comercial de la empresa Pedro Domecq, en donde se certificó que el demandante prestó sus servicios a dicho grupo musical durante el periodo comprendido entre el 2001 a 2007 (f° 111, archivo 01, exp. Digital, CD f° 5).
- Certificado expedido por el Restaurante el Mirador la Paloma, de fecha 30 de enero de 2019, en el que se certificó que el señor Giovanni Hernández prestó sus servicios profesionales independientes como cantante para el restaurante desde el año 2014 al 2018, intermitentemente los fines de semana (f° 112, archivo 01, exp. Digital, CD f° 5).
- Planilla de pagos a seguridad a social del demandante como independiente (f° 105 a 110, archivo 01, exp. Digital, CD f° 5).
- Libro auxiliar de la empresa Alfa Producciones S.A.S del 1 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2018 (f° 125 a 142, archivo 01, exp. Digital, CD f° 5).
- Pantallazos videos donde ha salido el actor en otras agrupaciones y el programa de televisión «yo me llamo» (f° 143 a 149, archivo 01, exp. Digital, CD f° 5).

De igual forma, se aportaron varios comprobantes de egreso, los cuales corresponden a las siguientes fechas:

AÑOS	COMPROBANTES DE EGRESO (f° 201 a 477)
1999	Enero 18 y 23 de diciembre.
2000	24 de octubre,1 y 24 de agosto, 6 y 18 diciembre
2001	23 de julio, 28 de junio, 17 de octubre, 19 de abril, 06, 12 y 18 de diciembre, 30 de noviembre, 29 octubre,
2002	06, 18 y 23 diciembre, 08 y 29 de noviembre, 13 de septiembre, 2 y 14 de agosto, 25 de abril, 21 de marzo, 13 de julio y 14 de mayo,
2003	16 y 22 diciembre, 16 y 30 de octubre, 2 y 3 de julio, 3 enero.
2004	10 y 15 diciembre, 11 de noviembre, 3 de junio, 15 de abril.
2005	19 diciembre
2006	29 diciembre
2007	14 y 26 septiembre, 23 y 30 de noviembre, 10, 15 y 28 diciembre
2009	19, 30 y 23 septiembre, 04, 11 y 18 diciembre, 28 noviembre
2010	03, 10, 11, 17, 20 y 29 diciembre
2011	1, 2, 7,10, 13, 17, 20, 26 y 30 diciembre
2012	13, 17, 26, 27 y 30 diciembre, 14, 29 y 30 noviembre,
2013	05, 24 septiembre, 17 y 30 de junio, 5 de julio, 14, 20, 21 y 28 de noviembre, 2, 5, 10, 11, 17 y 20 diciembre,
2014	4, 11, 16, 20, 22, 27, 29, 30 y 31 diciembre, 25 de junio, 15 de agosto, 10, 13, 27 y 30 noviembre, 12, 16, 17 y 18 de septiembre,
2015	3, 4, 17, 21 y 31 diciembre, 30 de octubre y 11 septiembre,

2016	23 noviembre, 13, 20, 30 y 31 diciembre, 27 y 28 de julio, 9 de junio, 7 de enero
2017	10 de enero, 27 y 28 noviembre, 01, 9, 16, 20, 22 y 30 diciembre, 23 y 24 agosto y 27 septiembre.

Y como contratos de prestación de servicios, se adjuntaron los que a continuación se relacionan:

CONTRATOS PRESTACIÓN DE SERVICIOS (f° 150 a 200)	
AÑO	
2008	- 11 y 12 diciembre
2009	- 19 y 26 de septiembre
2010	- 26 y 27 de noviembre
2012	- 11, 23, 30 de noviembre
2013	- 15 y 30 junio - 6, 12, 14 diciembre - 9 y 10, 15 noviembre - 28 y 29 noviembre
2014	- 8, 13 y 21, 28 noviembre - 4 septiembre - 6, 3, 11, 12,13, 19, 20, 27, 31 diciembre
2015	- 10, 11, 15, 18, 31 diciembre - 5 septiembre
2016	- 9, 15, 16, 17 y 31 diciembre - 3 junio - 16 julio - 19 noviembre - 2 diciembre
2017	- 01, 14, 31 diciembre - 25 noviembre - 29 septiembre - 19, 20 de agosto

Así mismos, declararon los señores Hernando Herrera Forero, Javier Alberto Nieto y José Domingo Milanes Tenorio.

El señor Hernando Herrera Forero manifestó que es amigo del demandante hace 25 años; que se conocieron en un bar que había sido propiedad del actor llamado «la chingada»; que siempre tuvo conocimiento que el demandante era imagen del grupo los Alfa 8, siendo su cantante oficial; que no sabía el tipo de vinculación que los unió; que no sabía con seguridad las fechas en que se prestó los servicios, pero que fue para el año en que se publicó el CD «evolución» hasta el año 2019 o finales de 2018; que durante ese tiempo invitaba al señor Giovanni a ir a otro evento y él siempre les contestaba que no podía porque tenía que ir a ensayar, ellos tenían unos horarios; que vivió en un tiempo con el señor Giovanni donde pudo presenciar que los días miércoles tenía que ensayar, y sufría si llegaba tarde; que debía llegar ya con la canción aprendida, sino era así le llamaban la atención; que al ser el actor el sello de la orquesta no lo podían contratar fácilmente en otras orquestas porque pensaban que no iba tener tiempo para ir a los ensayos; que el demandante siempre tuvo que estar a disposición de la orquesta y si en alguna oportunidad no podía asistir porque estuviera fuera del país lo consultaba previamente a su jefe Ricardo.

Agregó que, el señor Giovanni Hernández debía utilizar un vestuario que era obligatorio, era la imagen corporativa de la orquesta; que una vez el actor le contó que llevó unas medias que no eran y le quitaron plata como una especie de multa; que cuando cambiaban el vestuario él debía ir a tomarse las medidas y cuidar los elementos que se le entregaban, en caso de que se le dañaran le cobraran por ello; que durante la vinculación del actor con la orquesta tuvo otras contrataciones que eran conocidas por el señor Ricardo quien le daba el permiso; que supo que estuvo prestando sus servicios para la Gobernación de Cundinamarca; que en temporadas en que no salían contrataciones para Alfa Producciones estuvo en Tampa – Estados Unidos; que recién el señor Giovanni comenzó con la orquesta le habían prometido un contrato de exclusividad con un salario fijo durante todo el año; que la época mala de la orquesta era de enero a junio y los cantantes vivían de ahorrar; que de enero a septiembre cuando no había presentaciones le ayudaba la progenitora del señor Giovanni.

El señor Javier Alberto Nieto relató que es músico independiente; que conoció al demandante en el año 1997; que por el actor había sido contratado por la orquesta los Alfa 8, como cantante principal; que como músico en alguna oportunidad llamó al señor Giovanni para que remplazará algún cantante de la agrupación donde cantaba, respondiéndole el señor Hernández que estaba ocupado con la orquesta y que solo estaba disponible para ellos, eso más o menos para los años 1998 – 1999, por lo que no lo volvieron a llamar; que no tenía conocimiento si existía exclusividad entre el demandante y la orquesta, que creía que sí, porque él había estado en la orquesta Domecq donde le habían pagado exclusividad; en cuando al vestuario dijo no constarle quien lo suministraba.

José Domingo Milanes Tenorio indicó que conocía al actor alrededor de 15 o 18 años en el medio musical, después juntos hicieron parte de los Alfa 8; que en la orquesta fue el pianista durante dos periodos, el primero fue para el año 2000 y del 2006 a 2008 , y después de 2010 a 2016; que para vincularse a la orquesta los llamaban y solo firmaban hasta el día del ensayo donde les pasaban un papel donde decía hora, fecha y lugar y los uniformes con los que se debían presentar; que el actor como cantante debía presentarse en las entrevistas, programas de televisión, cuestiones de promoción; que los músicos no tenían que estar en esos eventos, eran más los cantantes representativos como el demandante; que durante los 6 años que estuvo en la orquesta era muy difícil pedir un remplazo por la exclusividad que trataban de manejar por su marca, señalando: *«entonces tratar de pedir un remplazo era realmente complicado, yo lo intente varias veces pero digamos hablando un poquito coloquial, después de una cantaleta y a quien me va a mandar, entonces en mi caso fue difícil, lo que pasaba con mi compañero era diferente, porque de repente él no se presentaba, pero después descubrimos que después había un llamado de atención o algo así»*.

Mencionó que, hubo momentos en que se cortaron los vínculos con la orquesta y el actor, porque no fue llamado por la demandada para cantar, pero después volvía; que no recordaba la fecha en que eso ocurrió; que durante estos periodos mantenían su contacto y sabía que él hacía sus cosas para poder subsistir como en un bar llamado «la paloma», incluso en algún momento lo llamó para que lo acompañará en un dueto; tuvo conocimiento que el actor en algún oportunidad trabajó para la Gobernación de Cundinamarca; que era la accionada quienes les suministraba el vestuario; que no sabía con exactitud cuánto ganaba el actor, pero sabía que era más de lo que él ganaba; que se les pagaba cada vez que había una presentación; que supo de la terminación de la relación contractual entre el señor Giovanni y la demandada se dio porque no lo volvieron a convocar y le pidieron los uniformes, pero no recordaba la fecha exacta en que eso sucedió; que para el pago contaban con 5 días para firmar los documentos contables y en algunas ocasiones al finalizar el concierto les entregaban el dinero convenido; que cada integrante de la orquesta musical pactaba su remuneración con el dueño de esta agrupación; que se realizaba un ensayo antes de la presentación, dedicándole para estos efectos, de las 2 de la tarde a las 6 o 7 de la noche, o un poco más y se elegía el día a ensayar; que el trabajo era regular, porque eran dos o tres presentaciones por mes en temporada baja, en temporada alta podía subir de ocho o diez presentaciones de mayo a agosto, y entre noviembre, diciembre y enero podían tocar de ocho a dieciocho veces por mes; que duraron meses sin trabajar y por ende tampoco les pagaban; que cuando el señor Hernández viajó fuera del país cree que ya estaba desvinculado del grupo.

Al verificarse cada uno de los contratos de prestación de servicios que fueron aportados al plenario, se logra evidenciar que allí se plasmaron unas multas por incumplimiento de ensayos o por llegar tarde al evento, lo cual deja entrever un poder subordinante que se ejercía sobre el actor, aspecto propio de un contrato laboral, de manera que partiendo de dichas documentales queda en evidencia que la vinculación contractual del señor Giovanni Hernández con la demandada carecía de ausencia de independencia durante el tiempo en que se prestaba el servicio, en el entendido que sí incumplía con el horario de los ensayos o el día de la presentación era multado pecuniariamente por ello, lo cual conlleva a establecerse que el convocante no era libre y autónomo para decidir si asistía o no las presentaciones musicales.

Ahora bien, aun cuando quedo probado que el actor durante la vigencia de la relación contractual prestó también sus servicios como músico en restaurantes y para la Gobernación de Cundinamarca, esto lo hacía durante el tiempo que no fue convocado por la orquesta, esto es, durante las temporadas bajas para eventos musicales, además de que entre las partes no se firmó exclusividad, de suerte que el señor Giovanni podía ser contratado por otro empleador o de manera independiente, téngase en cuenta que la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, ha precisado que por regla general una

persona puede prestar sus servicios a varios patronos, a menos de que se hubiera pactada expresamente lo contrario, tal y como se recordó en sentencia CSJ SL1715-2016, en la que dijo:

Pues bien, de antaño ha señalado la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, «que conforme al artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, la regla general es que una persona puede prestar servicios a varios patronos, a menos que se hubiera pactado expresamente lo contrario, caso en el cual, en consideración del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 55 del estatuto sustancial del trabajo, y por tratarse de un pacto que no contraría regla de derecho alguna, al trabajador le queda vedada la posibilidad de prestar servicios a otro empleador, de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad, y si los llegare a prestar, indudablemente, estaría incurriendo en un incumplimiento contractual, que si se encuentra catalogado como grave, faculta al patrono para dar por terminado, unilateralmente y con justa causa, el contrato de trabajo.»²

Otros de los aspectos que conllevan a determinar por parte de esta Sala de decisión el poder subordinante que tenía la sociedad demandada con el actor, es que eran ellos los que suministraban el vestuario que debían utilizar para las presentaciones, tal y como lo sostuvieron los testigos, también era la orquesta que decidía con quien, dónde y cuándo se iba a realizar la presentación. De igual forma, llama también la atención de la Sala lo dicho por los testigos, quienes mantenían una amistad cercana con el actor; y si bien los señores Hernando Herrera Forero y Javier Alberto Nieto no fueron testigos directos, sí estaban relacionados con el gremio musical en el cual se movía el señor Giovanni, pues el señor Hernando adujo que es actor y el señor Javier dijo que era músico como independiente, por lo que conocían la manera en que se manejaba este tipo de contratos con artistas, como bien lo pudo apreciar el señor Hernando Herrera quien vivió con el demandante y señaló que muchas veces lo vio ensayando y preocupado de no llegar puntual a los ensayos, pues ello le implicaba que le descontará el valor de la multa; por otro lado, el señor Javier Alberto sostuvo que él también hizo parte de una agrupación musical, por lo que conocía que en los momentos en que eran llamados a prestar sus servicios debía serlo exclusivamente para ellos y en los tiempos determinados por ellos, incluso en su caso sí se firmó el contrato de exclusividad.

Otros de los aspectos a tener en cuenta fue lo dicho por los declarantes, quienes manifestaron que el señor Giovanni Hernández era de los cantantes más representativos de la agrupación, por lo que debía asistir a los eventos televisivos y nominaciones en que era convocada la orquesta, situación que deja entre ver que el actor a tales eventos no podía ausentarse al ser parte de la imagen de la agrupación, de lo cual se colige el poder subordinante de la accionada frente al actor.

² CSJ SL – Rad. 390078 de 23/11/2010

Así, pese a la denominación que las partes le dieron al vínculo contractual que losató, no cabe duda que lo fue a través de una relación eminentemente laboral, en razón a la subordinación jurídica plasmada en los contratos de prestación suscritos entre las partes y lo narrado por la prueba testimonial, no siendo cierto como lo menciona el apelante que al ser contratado el señor Giovanni Hernández por uno o dos días no puede entenderse como un contrato laboral, pues en la realidad es que existen contratos de tiempos cortos ya sea medio día, de un día o más que son netamente subordinados, pues el tiempo de duración no determina el tipo de contrato, sino la característica fundamental que es la mencionada subordinación; por lo tanto, debió el Juez declarar la existencia de varios contratos laborales como quedó acreditado en el informativo y no abstenerse a ello, bajo el argumento de que no fue solicitado de tal manera en la demanda, lo cual resulta inadmisibile conforme lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha dicho que en los casos en que se discute una relación laboral y se prueba un tiempo de servicio inferior al pretendido, el Juez tiene el deber de proferir condena *munis petita*, indicándose en sentencia CSJ SL5595-2019, lo siguiente:

De un lado, porque esta Corporación de manera reiterada y pacífica ha establecido que el juez no está atado a la calificación jurídica que propongan las partes, de modo que puede aplicar otras disposiciones que gobiernen el asunto, así no hayan sido invocadas por aquellas.

Por el otro, porque el artículo 281 del Código General del Proceso establece:

Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último (...).

Sobre dicha parte del precepto en mención, que es similar a la contemplada en el anterior artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el asunto objeto de debate, la Sala ha establecido que en los casos en los que se discute la existencia de una relación laboral y se prueba un tiempo de servicios inferior al pretendido, el juez tiene el deber de dictar una condena minus petita que acepte parcialmente las pretensiones de la demanda, esto es, que si el demandante pide más, pero tan solo alcanzó a acreditar parte de lo pedido, debe reconocerse lo probado, conforme a tal normativa (CSJ SL 17215, 5 dic. 2001; CSJ SL806-2013; CSJ SL9112-2014; CSJ SL1012-2015 y CSJ SL4816-2015).

Pues bien, aunque el ad quem no podía declarar la unicidad del contrato trabajo que reclama el actor por todo el tiempo de servicios, como quedó visto, sí podía hacerlo respecto del lapso comprendido entre el 18 de enero de 2010 y el 21 de diciembre de 2013 en el cual las interrupciones fueron de 22 y 27 días, que, además, correspondían a la época decembrina o de fin de año, en la cual, por lo general, las actividades académicas y administrativas de la instituciones educativas se suspenden y se retoman en enero del año próximo. De modo que el Colegiado de instancia debió acoger parcialmente las pretensiones incoadas y establecer la continuidad de la relación laboral en ese período.

En consecuencia, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos procesales, contemplado en el artículo 53 de la

Constitución Política de 1991, a juicio de la Sala, el demandante estuvo vinculado con la Universidad Cooperativa de Colombia a través de un solo contrato de trabajo entre el 18 de enero de 2010 y el 21 de diciembre de 2013, en tanto que entre el 7 de enero de 1996 y el 12 de diciembre de 2009 hubo interrupciones y el accionante no demostró que durante ellas prestó servicios a la aludida institución.

Siguiendo dicho derrotero jurisprudencial, lo correcto sería declarar la existencia de varios contratos laborales desde el año 1999 a 2017, y por ende, verificar las acreencias laborales adeudadas; no obstante, se tiene que frente a lo decidido por el *a quo* la parte actora no manifestó inconformidad alguna, sin que sea dable verificar en grado jurisdiccional consulta a su favor, pues la decisión de primer grado NO fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador, tal y como lo dispone el artículo 69 del CPTSS, aunado a que no puede hacerse más gravosa la situación de la parte vencida, entendiendo el principio de la *non reformatio in pejus*.

Aportes a seguridad social en pensiones

Para proveer sobre esta aspiración, cumple memorar lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1551-2021, donde indicó:

Los aportes a pensión constituyen una prerrogativa del trabajador y una obligación correlativa del empleador; el consolidado pensional que se obtiene a través de estos, derivado del esfuerzo laboral, pertenece al sistema general de pensiones y permite financiar y estructurar la prestación, de manera que [tienen] el carácter de derechos ciertos, irrenunciables e indiscutibles [...].

Lo dicho es suficiente para confirmar la decisión de primer grado, esto es, al pago de los aportes en pensión, en los términos allí señalados, los cuales se basaron en los contratos de prestación de servicios aportados por la demandada desde el año 2008 a 2017, sin que sea dable tomar tiempos anteriores al 2008, pues si bien quedó demostrado la prestación del servicio desde el año 1999, como bien se precisó precedentemente, lo cierto es que tal aspecto tampoco fue recurrido por la parte actora.

Así las cosas, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada como quiera que su recurso de alzada no salió adelante.

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

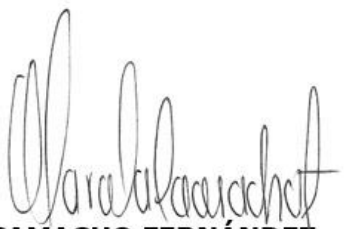
RESUELVE:

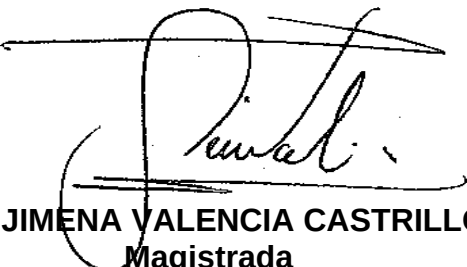
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demanda en la suma de \$1.160.000.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001220500020230010201
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	CLAUDIA PATRICIA RODRÍGUEZ PÉREZ
DEMANDADOS	EPS FAMISANAR S.A.S

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide La Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada, contra el fallo proferido por la **SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN**, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

ANTECEDENTES

La señora **Claudia Patricia Rodríguez Pérez** acude a la presente acción a efectos de que ordene a la EPS FAMISANAR autorizar y garantizar la práctica de terapia ordenada por el médico tratante.

Fundamentó sus pretensiones, señalando que sufre de dolor generalizado de componente mixto, fibromialgia, artritis reumatoidea no confirmada, osteoartrosis, gastritis crónica, entre otras dolencias como aparece consignado en su historia clínica; que para el manejo de sus enfermedades le han ordenado cannabis medicinal; que la

entidad demandada emitió respuesta negando el acceso al medicamento a pesar de contar con concepto médico científico de su médico tratante. Aseguró que, no cuenta con los recursos económicos necesarios para costear dicho medicamento.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La EPS FAMISANAR S.A.S. contestó manifestando que, una vez consultada la información contenida en las bases de datos correspondientes, efectuaba las siguientes precisiones:

La demandante manifiesta que sufre de dolor generalizado de componente mixto; fibromialgia; artritis reumatoidea no confirmada; osteoartrosis; gastritis crónica; entre otras dolencias.

Para el manejo de su condición médica, le han formulado cannabis medicinal, cuyas características se encuentran en la historia clínica y formulas anexas, las cuales solicitó a la EPS FAMISANAR S.A.S. Teniendo en cuenta lo anterior, se emitió respuesta por parte de la EPS FAMISANAR SAS negando el acceso al medicamento, a pesar de contar con el concepto científico del médico tratante.

Finalmente, manifiesta la aña que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los gastos del medicamento en mención. Por favor informar todas las gestiones administrativas que se han realizado por parte de la EPS para garantizar la prestación efectiva del servicio requerido por la parte demandante.

Respecto a las gestiones administrativas que se han realizado por parte de la EPS para garantizar la prestación efectiva del servicio requerido por la parte demandante y tal como se ha manifestado en el presente escrito, me permito informar que inicialmente se generó la autorización del servicio correspondiente, Se evidencia radicación de mipres 20221005139034258546 radicado el día 06/10/2022, no obstante, dicha solicitud fue devuelta con la siguiente observación: “Devolución: 1885.3 la indicación de uso del medicamento no está aprobada por el INVIMA. la solicitud corresponde a un extracto botánico y no a una fórmula magistral elaborada a partir de un medicamento debidamente aprobado por el INVIMA, es decir que no da cumplimiento con lo establecido en el numeral d del artículo 15 de la ley 1751 de 2015 / resolución 1885-2018.”

Adicionalmente, las fórmulas magistrales de CANNABIDIOL y DELTA-9-TETRAHIDROCANNABIDIOL + CANNABIDIOL que no estén fabricadas a partir de un medicamento con registro sanitario activo o sean fabricadas a partir de extractos botánicos y que sean formuladas para indicaciones diferentes a las aprobadas para el medicamento con registro sanitario no cumplen con los lineamientos para ser financiadas con recursos de la salud.

Desde EPS FAMISANAR estamos comprometidos con el cumplimiento de la normatividad legal vigente expedida por el Ministerio de Salud y de Protección Social quienes determinan los servicios y tecnologías que se financian con recursos públicos asignados al sector salud a través de validaciones técnico-científicas y sus lineamientos dados en:

Ley Estatutaria 1751 del 2015: Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Resolución 2292 del 2021: Por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), los cuales deberán ser garantizados por las EPS y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC), a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) en el territorio nacional, en las condiciones de calidad establecidas por la normatividad vigente.

Resolución 586 del 2021: Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS.

Dando cumplimiento a la normatividad previamente mencionada, informamos que son financiadas con recursos públicos de la salud las fórmulas magistrales que cumplan con la siguiente condición:

- Que estén fabricadas a partir de un medicamento con registro sanitario (RS) activo y sean formuladas para las indicaciones aprobadas por el INVIMA para los medicamentos con RS.*
- No son financiadas con recursos públicos las magistrales que estén fabricadas a partir de extractos botánicos.*

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, se comunica a los usuarios de Famisanar EPS que las fórmulas magistrales de CANNABIDIOL y DELTA-9-TETRAHIDROCANNABIDIOL + CANNABIDIOL que no estén fabricadas a partir de un medicamento con registro sanitario activo o sean fabricadas a partir de extractos botánicos y que sean formuladas para indicaciones diferentes a las aprobadas para el medicamento con registro sanitario no cumplen con los lineamientos para ser financiadas con recursos de la salud.

Lo mencionado anteriormente obedece al siguiente marco normativo detallado:

Resolución 2292/2021:

“Artículo 37. Indicaciones autorizadas: “La financiación de medicamentos con recursos de la UPC aplica siempre y cuando sean prescritos en las indicaciones autorizadas por el INVIMA, salvo en aquellos casos en que el Anexo 1 “Listado de medicamentos financiados con recursos de la UPC”, describa usos específicos que limiten su financiación.”

“Parágrafo 1. Cuando en la columna de aclaración del Anexo 1 “Listado de Medicamentos financiados con recursos de la UPC”, no se indique un uso específico, se consideran financiadas con recursos de la UPC todas las indicaciones autorizadas por el INVIMA en el registro sanitario para todos los medicamentos de un mismo principio activo y forma farmacéutica, así como las preparaciones derivadas del ajuste y adecuación de concentraciones o de la adecuación de los mismos en preparaciones extemporáneas o formulaciones magistrales, independientemente del nombre comercial del medicamento”.

“Artículo 43, Fórmulas magistrales: “Las formulaciones magistrales preparadas a partir de los medicamentos financiados con recursos de la UPC se consideran igualmente financiadas con recursos de la UPC y deberán ser garantizadas por las EPS o las entidades que hagan sus veces.”

Ley Estatutaria en Salud 1715/2015

“Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- 1. Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;*
- 2. Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;*
- 3. Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;*
- 4. Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;*
- 5. Que se encuentren en fase de experimentación;*
- 6. Que tengan que ser prestados en el exterior.*

Artículo 43. Fórmulas magistrales: Las formulaciones magistrales preparadas a partir de los medicamentos financiados con recursos de la UPC se consideran igualmente financiadas con recursos de la UPC y deberán ser garantizadas por las EPS o las entidades que hagan sus veces.” Así las cosas, y para efectos de la financiación con recursos de la UPC, sólo se financian las preparaciones magistrales preparadas fabricadas a partir de los medicamentos financiados con recursos de la UPC.

Frente a la financiación con Presupuestos Máximos y su prescripción mediante la herramienta tecnológica MIPRES. Mediante la fuente de financiación de presupuestos máximos se financian los medicamentos que contienen cannabidiol como principio activo en monofármaco y en solución oral.

Resolución 586/2021:

“Artículo 6. Indicaciones autorizadas. La financiación de medicamentos con cargo al presupuesto máximo aplica siempre y cuando sean prescritos en las indicaciones autorizadas por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA.”

“Artículo 7. Dispensación y administración. La financiación de los medicamentos y APME que hacen parte del presupuesto máximo incluye todo lo necesario e insustituible para garantizar la correcta y oportuna administración, así:(...) 7.3. Las preparaciones derivadas del ajuste y adecuación de concentraciones de medicamentos incluidos en el presupuesto máximo o de la adecuación de los mismos en preparaciones extemporáneas o formulaciones magistrales, independientemente del nombre comercial del medicamento.”

“Artículo 8. Fórmulas magistrales. Las EPS o EOC definirán la financiación de las preparaciones magistrales de conformidad con la fuente de financiación de los principios activos que la conforman. “

Concluyó que, la solicitud de la actora no era procedente ya que las pretensiones perseguidas con la presente acción se encontraban satisfechas, por lo tanto, carecía de objeto la solicitud. Además de que la EPS había cumplido con las disposiciones legales en cuanto a la solicitud del medicamento, el cual fue negado al no estar aprobado por el Invima.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de vulneración al derecho fundamental a la salud, buena fe y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022), decidió:

 MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL		FÓRMULA MÉDICA		Fecha y Hora de Expedición: 2004-06-01 12:00:10 AM ET 01:10 Mes: Presidencia Año: 2004	
				2002 10:00 ET 01:10 Mes: Presidencia Año: 2004	
DATOS DEL PRESTADOR					
Departamento: BOGOTÁ D.C. Municipio: BOGOTÁ D.C.		Código de Identificación: 10010001			
Documento de Identificación: BOGOTÁ Dirección: ST 13 + 82/14		Nombre Prestador de Servicios de Salud: CLINICA INSTITUTO LATINOAMERICANO DE NEUROLOGIA Y SISTEMAS RELACIONADOS Teléfono: 1-800-900000			
DATOS DEL PACIENTE					
Documento de Identificación: BOGOTÁ Primer Apellido: ANTONIO Segundo Apellido: HERNANDEZ Sexo: masculino Edad: 45 años		Segundo Nombre: PATRICIA Documento de Identificación: BOGOTÁ Primer Apellido: ANTONIO Segundo Apellido: HERNANDEZ Sexo: masculino Edad: 45 años			
MEDICAMENTOS					
Tipo de medicamento: Neurológico Nombre: CLONAZEPAM Dosis: 0.5 mg/100 mg Vía de administración: oral Indicación: epilepsia Efectos secundarios: sedación, ataxia Dosis de mantenimiento: 0.5 mg/100 mg Medicamento de reserva: clonazepam Comentarios: clonazepam		Tipo de medicamento: Neurológico Nombre: CLONAZEPAM Dosis: 0.5 mg/100 mg Vía de administración: oral Indicación: epilepsia Efectos secundarios: sedación, ataxia Dosis de mantenimiento: 0.5 mg/100 mg Medicamento de reserva: clonazepam Comentarios: clonazepam			
PROFESIONAL TRATANTE					
Documento de Identificación: BOGOTÁ Primer Apellido: ANTONIO Segundo Apellido: HERNANDEZ Sexo: masculino Edad: 45 años		Nombre: CLONAZEPAM Dosis: 0.5 mg/100 mg Vía de administración: oral Indicación: epilepsia Efectos secundarios: sedación, ataxia Dosis de mantenimiento: 0.5 mg/100 mg Medicamento de reserva: clonazepam Comentarios: clonazepam			

TERCERO:	ADVERTIR que la presente Sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL - SALA LABORAL - CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

CUARTO:	NOTIFICAR la presente sentencia al DEMANDANTE a la dirección de correo electrónico: mapirodri@gmail.com ; a la entidad DEMANDADA a la dirección de correo electrónico: notificaciones@famisanar.com.co

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

John H. Jones

GLORIA ALEJANDRA CONTRERAS COY
DIRECTORA COMISIONADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL
Y DE CONCILIACIÓN

Como sustento de su decisión, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud hizo referencia a la verificación técnica elaborada por el médico Darío Alexander Rodríguez profesional especializado que hace parte de la entidad, quien manifestó lo siguiente:

En este punto, es necesario traer a colación la verificación técnica, elaborada, por el médico DARIO ALEXANDER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, profesional especializado que hace parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, quien manifestó lo siguiente:

“La señora CLAUDIA PATRICIA RODRIGUEZ PEREZ identificada con Cedula de Ciudadanía 51.552.312, presentó solicitud de demanda en contra de FAMISANAR EPS, por negación en la entrega de cannabis medicinal prescrito por si médico tratante, para lo cual anexa:

- a. Escrito de al demanda (sic)
- b. Cedula de ciudadanía
- c. Prescripción medica
- d. Prescripción MIPRES
- e. Historia clínica del servicio de fisiatría
- f. Carta de negación del Cannabidiol por parte de la EPS
- g. Correo electrónico de respuesta de la EPS

Con base en lo anterior, se evidenció, que la paciente CLAUDIA PATRICIA RODRIGUEZ PEREZ, de 61 años, se encontraba activa, en calidad de cotizante de EPS FAMISANAR S.A.S. desde el año 2000 hasta el momento del análisis, así mismo, se evidenció que la paciente, se encontraba en tratamiento por el servicio de Fisiatría, por cursar con diagnósticos de Fibromialgia, Artritis reumatoide, y dolor crónico, que de acuerdo al registro de la historia clínica del 5 de octubre, es persistente a pesar de tratamiento instaurado, y así mismo se prescribe extracto de Cannabidiol como alternativa terapéutica ante la persistencia del cuadro clínico a pesar del manejo convencional previamente instaurado, y se anexó prescripción 20221005139034258546 (MIPRES).

De esta manera, se sugirió solicitar a la EPS FAMISANAR S.A.S., indicar las acciones adelantadas para el cumplimiento de la orden médica, generada por el especialista en Fisiatría, lo cual fue comunicado a la entidad demandada mediante el NURC20228100001494311, con el cual se socializó el auto A2022-003011 del 26 de octubre de 2011, del cual se recibe respuesta mediante NURC20229300402696162, en el cual precisan en la respuesta a la demanda lo siguiente "(...) las fórmulas magistrales de CANNABIDIOL y DELTA-9-TETRAHIDROCANNABIDIOL + CANNABIDIOL que no estén fabricadas a partir de un medicamento con registro sanitario activo o sean fabricadas a partir de extractos botánicos y que sean formuladas para indicaciones diferentes a las aprobadas para el medicamento con registro sanitario no cumplen con los lineamientos para ser financiadas con recursos de la salud. (...)", lo cual amparan en la normatividad vigente, de manera específica en el Artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, Artículo 37 y 43 de la Resolución 2292 de 2021, y los Artículo 6, 7 y 8 de la Resolución 586 de 2021, así como del soporte de devolución por parte de la Administradora de Recursos de la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES del Mipres generado para tal fin.

Con ocasión de la evidencia aportada en la contestación de la demanda, se realiza una nueva revisión de la información, en donde se corroboran los diagnósticos de la paciente, así mismo, se realiza una revisión de las indicaciones terapéuticas aprobadas por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA para el Cannabidiol, evidenciando que las presentaciones con registro de este componente activo, no se contemplan para los diagnósticos registrados en la historia clínica allegada, así mismo, se verifica el listado de medicamentos UNIRS publicado en la web <https://www.sispro.gov.co/central-prestadores-de-servicios/Pages/MIPRES.aspx>, sin embargo, no se encuentra el Cannabidiol como parte del mismo; se consulta el oficio 20228100000584271 de invima, mediante el cual se pronuncian respecto de las fórmulas magistrales, en especial, la que concierne en el caso específico, de la siguiente manera:

"Con respecto a si el medicamento PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDIOL (CBD) – CANNABIDIOL (3%), DELTA – 9 – TETRAHIDROCANABINOL (MENOR A 0.19%) – 30mg/mL CBD – TITULACIÓN DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICO se encuentra indicado para tratar DOLORES CRÓNICOS INTRATABLES, se informa que esta no se encuentra autorizada por parte del INVIMA. Lo anterior, dado que como el medicamento PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDIOL (CBD) – CANNABIDIOL (3%), DELTA – 9 – TETRAHIDROCANABINOL (MENOR A 0.19%) – 30mg/ml CBD – TITULACIÓN DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICO corresponde a una PREPARACION MAGISTRAL que no requiere registro sanitario por parte del INVIMA. El médico tratante con base en su conocimiento, "Lex artis" y al soporte científico correspondiente, es quien establece la indicación del producto para su paciente y establece la dosificación adecuada de acuerdo con las concentraciones de (THC), cannabidiol (CBD) con las cuales dicho profesional ordenó mediante prescripción sea elaborada la preparación para el tratamiento indicado. Dicha preparación con base en la

prescripción médica debe ser elaborada en el establecimiento farmacéutico certificado por el Invima.", Negrilla y subraya fuera de texto.

Así mismo, se evidencia en la consulta realizada a la base pospopuli del Ministerio de Salud y protección Social "https://pospopuli.minsalud.gov.co/PospopuliWeb/paginas/resultadomedicamentos.aspx?value=H4sIAAAAAAEAGNgZGBg%2bA8EIBoE2EAMheT8IMz0fFtTc0tDtaTS4sLS1JR E2%2bTEvLzEpMyUzPwcbgAxxhazFOAAAAA%3d%3d", que el DELTA-9-TETRAHIDROCANNABINOL + CANNABIDIOL, se encuentra financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) en todas las concentraciones y formas farmacéuticas.

CONCLUSIÓN:

Atendiendo la evidencia aportada, se verifica que la prescripción generada no se encuentra autorizada por el INVIMA para el diagnóstico registrado en la fórmula de Mipres, o dentro de las excepciones contempladas en el listado UNIRS del Ministerio de Salud; así mismo, no se identifican soportes más allá de los previamente descritos; sin embargo, al tratarse de una preparación magistral se considera de acuerdo al concepto emitido por el INVIMA, que su indicación se determina de acuerdo al criterio médico, y que su costo al encontrarse dentro de las prescripciones del pospopuli del Ministerio de salud, se encuentra con cargo a la UPC de la entidad responsable de pago; razón por la cual, si bien no se identifica en la normativa revisada soporte que permita la prescripción de cannabidiol para el tratamiento de los diagnósticos relacionados en la historia clínica de la paciente, se deben tener en cuenta los criterios de formulación, en este caso de preparación magistral y también la cobertura prevista para tal fin en la plataforma del Ministerio de Salud y Protección Social, como órgano Rector del Sistema, así como los principios consignados en la Ley 1751 de 2015, dentro de los cuales se resaltan los siguientes incluidos en el Artículo 6:

"d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido unidad, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;

e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;"

De igual manera, atendiendo los derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud, de los que trata el Artículo 10 de la precitada norma, y el análisis realizado por el médico especialista tratante, en el que señala que la paciente se ha visto beneficiada con el medicamento, exacerbándose su cuadro clínico a raíz de la suspensión del mismo, razón por la cual recomendó el reinicio del mismo, y su inclusión en el plan de beneficios con la Resolución 2292 de 2021 en el numeral 302 del anexo 1 de la misma, se considera necesario:

- 1. Que la EPS FAMISANAR, en un término no mayor a 10 días, garantice la entrega de la prescripción realizada por el médico tratante."* (Negrilla ajena al texto).**

De acuerdo a lo anterior, considero el a quo que la entidad accionada se encontraba obligada a eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo que directa o indirectamente dificultará el acceso a los servicios de salud requeridos por la demandante como en el presente caso había quedado demostrada la falta de gestión oportuna en la autorización y suministro del medicamento ordenado por el galeno, estando a cargo de la EPS garantizar en debida forma la entrega del medicamento «PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDIOL (CDB)- CANNABIDIOL (10%)- DELTA-9- TETRAHIDROCANNABINOL (MENOR A 0.19%)- 100 MG/ML CBD-

SOLUCIÓN ORAL -100 MG/ML- TITULACIÓN DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICOS 0,3 MILILITRO CADA 12 HORAS VÍA ORAL POR 30 DÍAS».

RECURSO DE APELACIÓN

La **EPS FAMISANAR** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación el cual sustentó en que la entidad ha garantizado todos los servicios que ha requerido el usuario conforme a las órdenes médicas expedidas por los galenos tratantes y que cumplan con los requisitos establecidos en las normas que regulan el SGSSS.

En lo que respectaba al medicamento CANNABIDIOL, correspondía a un extracto botánico y no a una fórmula magistral elaborada a partir de un medicamento debidamente aprobado por el INVIMA; es decir, que no cumplía con lo establecido en el literal d) del artículo 15 de la ley 1751 de 2015, en congruencia con lo decretado en la resolución 1885-2018, por la cual se establecía el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministros, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictaban otras disposiciones.

Afirmó que, en Colombia sólo se encontraba dos medicamentos autorizados por el INVIMA para comercialización a nivel nacional, de la siguiente forma:

1. **DELTA-9-TETRAHIDROCANNABINOL (THC) + CANNABIDIOL** (27 mg+ 25 mg/ml) *Solución bucal.*
2. **CANNABIDIOL 10% Solución oral.** *Sobre la financiación con recursos de la UPC.*

Trajo a colación nuevamente las normatividades señaladas en el escrito de contestación, sosteniendo que las preparaciones magistrales preparadas a partir de medicamentos que contengan CANNABIDIOL como mono fármaco, se consideraban financiadas con el presupuesto máximo cuando se usaban en la indicación autorizada para este medicamento que según búsqueda del registro sanitario autorizado por el INVIMA correspondía a:

Registro sanitario: INVIMA 2020M-0019590

Nombre comercial: NEVIOT

Forma farmacéutica: SOLUCIÓN ORAL

Indicaciones autorizadas: TRATAMIENTO ADYUVANTE DE LAS CONVULSIONES ASOCIADAS CON EL SÍNDROME DE LENNOX-GASTAUT (LGS) Y EL SÍNDROME DE DRAVET (SD) EN PACIENTES DE 2 O MÁS AÑOS QUE NO HAN RESPONDIDO A COMBINACIONES CONVENCIONALES DE TERAPIAS ANTICONVULSIVAS QUIENES

PERSISTEN CON 2 O MÁS EPISODIOS CONVULSIVOS POR SEMANA. LOS DIAGNÓSTICOS DEBEN SER CONFIRMADOS POR EL ESPECIALISTA.

Dijo que, la preparación magistral de CANNABIDIOL solo se financiaba cuando se fabricaba a partir del medicamento financiado con presupuesto máximo, es decir, a partir de la solución oral de CANNABIDIOL, y cuando se prescribía en las indicaciones autorizadas para dicho medicamento ya que otras preparaciones en las que se parte por ejemplo de extractos botánicos de cannabis medicinal no se consideraban financiadas con recursos de presupuestos máximos.

Por último, arguyó que para medicamentos que contienen CANNABIDIOL, constituye una de las causales para no estar financiado con dineros de la salud según lo dispuesto en la Ley Estatutaria en Salud 1715 de 2015; que el presupuesto máximo asignado a la salud establecido a partir del primero (1°) de marzo de 2020, es «limitado» y está destinado de manera específica, para salvaguardar la vida e integridad de la población afiliada, por lo tanto, no puede utilizarse dichos rubros de carácter público, para financiar y garantizar servicios que no se encuentran dentro del ámbito de la salud, servicios que por sí mismos no son instrumentos de carácter terapéutico para superar una patología y ni siquiera guarden los principios de conexidad y finalidad con la patología base del usuario, como los servicios aquí pretendidos por la accionante.

En consecuencia, resultaba evidente que la negativa de la EPS demandada de no autorizar el medicamento objeto de amparo devenía ajustado a las previsiones legales, y no con exclusividad por las razones aludidas en la respuesta aportada al trámite, esto es, por oponerse a la entrega del medicamento por no contener el registro INVIMA o por *«haber sido sacado del comercio»*, sino porque en el presente asunto no se acreditó el concepto de viabilidad técnica o científica sobre su calidad, seguridad, eficacia y comodidad por la que se demostrará que el médico tratante considerará que el medicamento alegado resultaba idóneo para el manejo de la enfermedad, por lo que no compartía los argumentos de que la EPS Famisanar estuviera creando imposición de barreras administrativas e impedimento de acceder a los servicios de salud, hechos que no compartía frente a la decisión que se estaba impugnando, dejando claro que estaba procurando el bienestar y que generará el mejor tratamiento médico para las dolencias del paciente generando seguridad y calidad para su recuperación.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: *i)* si la EPS FAMISANAR debe suministrar a la demandante el medicamento denominado *«PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDIOL*

(CDB)- CANNABIDIOL (10%)- DELTA-9- TETRAHIDROCANNABINOL (MENOR A 0.19%)- 100 MG/ML CBD- SOLUCIÓN ORAL -100 MG/ML- TITULACIÓN DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPÉUTICOS 0,3 MILILITRO CADA 12 HORAS VÍA ORAL POR 30 DÍAS», ordenada por el médico tratante.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Claudia Patricia Rodríguez presenta los siguientes diagnósticos médicos: «*dolor generalizado de componente mixto, fibromialgia, artritis reumatoide no confirmada, osteartrosis, gastritis crónica antral, bule flags (sic) y trastorno adaptativo*» (f° 9 a 12 historia clínica, archivo 1, carpeta 1 instancia, exp. Digital); y *ii)* que mediante orden médica de fecha 5 de octubre de 2022, la Doctora María del Pilar Vargas Cruz especialista en Fisiatría adscrita a la institución prestadora de servicios de salud con convenio con la EPS demandada, recetó el medicamento denominado «*PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDIOL (CDB)- CANNABIDIOL (10%)- DELTA-9- TETRAHIDROCANNABINOL (MENOR A 0.19%)- 100 MG/ML CBD- SOLUCIÓN ORAL -100 MG/ML- TITULACIÓN DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPÉUTICOS 0,3 MILILITRO CADA 12 HORAS VÍA ORAL POR 30 DÍAS*» (f° 7 historia clínica, archivo 1, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

En tal sentido se advierte que los hechos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal e) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

Es preciso señalar que el Sistema General de Seguridad Social en salud debe garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, lo cual debe estar estructurado sobre una concepción integral de la salud, que incluye su promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

Sostiene el recurrente que no es posible otorgar el medicamento denominado «*PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDIOL (CDB)- CANNABIDIOL (10%)- DELTA-9- TETRAHIDROCANNABINOL (MENOR A 0.19%)- 100 MG/ML CBD- SOLUCIÓN ORAL -100 MG/ML- TITULACIÓN DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPÉUTICOS 0,3 MILILITRO CADA 12 HORAS VÍA ORAL POR 30 DÍAS*», teniendo en cuenta que corresponde a un extracto botánico y no a una fórmula magistral de un medicamento que haya sido aprobado por el INVIMA; aunado a ello, de conformidad con la Resolución 2292 de 2021, el mencionado medicamento no se encuentra financiado por recursos de la UPC; que las preparaciones magistrales preparadas a partir de medicamentos que contengan CANNABIDIOL como mono fármaco, se consideran financiadas con el presupuesto máximo, cuando se usan

en la indicación autorizada para ese medicamento que según búsqueda del registro sanitario autorizado por el INVIMA corresponde a:

Registro sanitario: INVIMA 2020M-0019590

Nombre comercial: NEVIOT

Forma farmacéutica: SOLUCIÓN ORAL

Indicaciones autorizadas: TRATAMIENTO ADYUVANTE DE LAS CONVULSIONES ASOCIADAS CON EL SÍNDROME DE LENNOX-GASTAUT (LGS) Y EL SÍNDROME DE DRAVET (SD) EN PACIENTES DE 2 O MÁS AÑOS QUE NO HAN RESPONDIDO A COMBINACIONES CONVENCIONALES DE TERAPIAS ANTICONVULSIVAS QUIENES PERSISTEN CON 2 O MÁS EPISODIOS CONVULSIVOS POR SEMANA. LOS DIAGNÓSTICOS DEBEN SER CONFIRMADOS POR EL ESPECIALISTA

Para resolver la controversia, resulta pertinente traer a colación la señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-001 de 2018, en donde hizo referencia a los medicamentos que no cuentan con el registro INVIMA, frente a lo cual expuso:

4.1. Solicitud de medicamentos que no cuentan con el registro sanitario del INVIMA

Ahora bien, la Corte se ha referido reiteradamente a la existencia de dos vías para acceder a un medicamento que no tiene el registro INVIMA para determinada patología^[41]. Una primera, la ya mencionada en el artículo 128 de la Resolución 5269 de 2017, que para la fecha de los hechos correspondía al artículo 134 de la Resolución 5592 de 2015 del Ministerio de Salud y de la Protección Social (regla general), y otra que es el consenso que exista en la comunidad científica sobre el particular.

De esta manera, en sentencia T-027 de 2015^[42] se mencionó:

“De ese modo, la expedición del registro por parte del INVIMA constituye la acreditación formal del medicamento correspondiente; la informal, estaría dada por la aceptación de la comunidad científica del hecho de que determinado medicamento sirve para tratar una patología en particular. En ausencia de dicha acreditación, se estará entonces en presencia de un medicamento de los denominados no comprobados o en fase experimental, que son “aquellos que todavía no tienen la aceptación de la comunidad científica ni de las entidades encargadas de acreditarlos como alternativas terapéuticas. Ello significa que su efectividad no ha sido determinada con un nivel de certeza aceptable médicamente”.

A partir de esta distinción, la Corte Constitucional ha sentado una regla jurisprudencial en relación con la posibilidad de que, por la vía de la acción de tutela, sea exigible la entrega de medicamentos que no cuentan con registro sanitario del INVIMA, de acuerdo con la cual, será procedente el amparo tutelar cuando quiera que se trate de medicamentos que están acreditados en la comunidad científica respecto de su idoneidad para el tratamiento de determinada patología y siempre que se cumplan los requisitos previstos en la jurisprudencia constitucional para efectos de ordenar el suministro de elementos que no se encuentran contemplados en el Plan Obligatorio de Salud. Quedan excluidos entonces los medicamentos experimentales, frente a los cuales no existe suficiente evidencia científica sobre su calidad, seguridad, eficacia y comodidad”.

Por otro lado, la Corte en vigencia del modelo anterior a la Ley 1751 de 2015, también se ha pronunciado respecto de la negativa del CTC, al negar el suministro de un medicamento por la simple razón de no contar con registro del INVIMA. En este sentido la sentencia T-243 de 2015^[43] refiere:

“se debe analizar si el derecho a la salud se encuentra comprometido ante tal negativa. En palabras de la Corte, “el derecho a la salud de una persona implica que se le garantice el acceso a un medicamento que requiere, así no cuente con registro del INVIMA, si fue ordenado por su médico tratante, a menos que (i) médicamente sea posible sustituirlo por otro con el mismo principio activo, sin que se vea afectada la salud, la integridad o la vida, y (ii) los otros medicamentos con registro sanitario vigente, cuyo principio activo es el mismo, se encuentran efectivamente disponibles en el mercado colombiano”.

Por lo tanto, la jurisprudencia de esta Corporación, ha dicho que las órdenes del médico tratante, sin importar la fase de la atención en salud, toman una connotación de fundamental respecto del paciente, habida cuenta que se fundan en un criterio científico y objetivo del galeno para la protección del derecho a la salud^[44]. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

En el presente asunto no existe discusión en cuanto a que el medicamento que fue ordenado a la accionante no cuenta con registro INVIMA; por lo tanto, lo que resulta pertinente analizar es si se cumplen con los requisitos excepcionales previamente citados en la sentencia traída como referencia para que se autorice por parte de la EPS el suministro del medicamento recetado a la paciente.

En cuanto al primero de los requisitos, esto es que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico, se tiene que conforme a la historia clínica aportada con el escrito de demanda, obra constancia de que el medicamento objeto de discusión sí fue ordenado por su médico tratante adscrito a la EPS accionada, tal y como se puede evidenciar de la siguiente imagen:

CLAUDIA PATRICIA RODRIGUEZ PEREZ

Identificación CC 51552312

Sexo al nacer Mujer

Fecha nac 8/01/1960(62 años)

Edad 62 años

Estado civil Separado

Tel. 3227379518 - 3227379518

Dirección CARREKA 58 #132 A - 73

Municipio BOGOTÁ, D.C.

Departamento BOGOTÁ, D.C.

Ocupación No Aplica

Tipo de zona Zona Urbana

Grupo sanguíneo O+

ADMISION No. 414094

Fecha orden 05/10/2022 07:55 a.m.

Fecha ingreso 5/10/2022 7:13:00 a.m.

Ubicación ZERENIA - CONSULTA EXTERNA Y AMBULATORIA

Clase de ingreso Consulta Externa

Origen Consulta Externa

Servicio Dolor y Cuidados Paliativos

Contrato EPS FAMISANAR S.A.S

NIT 830003564

Plan FAMISANAR EPS - CONTRIBUTIVO- Cotizante

ORDEN MÉDICA (FORMULA MAGISTRAL) No. 1089684-38796-1 (Original)

Dx. R522

#	Medicamentos	Cantidad
1	PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDIOL(CBD)-CANNABIDIOL(10%) - DELTA-9-TETRAHIDROCANNABINOL(MENOR A 0.19%) - 100 MG/ML CBD - SOLUCIÓN ORAL - 100 MG/ML - TITULACIÓN DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICOS 0,3 Mililitro Cada 12 horas vía Oral por 30 Dia Dx. R522 FECHA: 2022/10/05 07:55. VIGENCIA: 2022/11/04 07:55	1(Un) Frasco x 50 mL

MAKGA DEL PILAR VARGAS CRUZ

Fisiatría

E.M. 2234/05

De igual forma, en la historia clínica se evidencia que el médico tratante reseña que además de la medicación establecida, la paciente se beneficia de continuar manejo con cannabinoide, tal como se lee a continuación:

Análisis médico

PACIENTE CON DOLOR CRONICO DE CARACTERISTICAS NOCICEPTIVAS Y NEUROPATICO. COMENTA EPS NO AUTORIZA CANNABIS MEDICINAL, CON EXACERBACION DE SINTOMATOLOGIA ALGICA POLIARTICULAR, A PESAR DE DEMAS MEDICACION ESTABLECIDA. POR LO QUE SE CONSIDERA PACIENTE SE BENEFICIA DE CONTINUAR MANEJO CON CANNABINOIDE, SE CONTINUA ANALGESICO OPIOIDE Y NEUROMODULADOR, SE SOLICITA VALORACION POR PSIQUIATRIA DEL DOLOR PARA ACOMPAÑAMIENTO DE SINTOMAS ANSIOSOS/ IRRITABILIDAD, Y LICITA CONTROL EN 1 MES. SE EXPLICA A PACIENTE CONDUCTA REFIERE ENTENDER Y ACEPTAR.

...

De lo anterior se desprende que el medicamento recetado busca mejorar los dolores crónicos que presenta la paciente como consecuencia de las enfermedades que padece, pues el servicio al cual acudió correspondió al de dolor y cuidados paliativos.

Ahora bien, dentro del informativo no obra como tal un concepto emitido por el Comité Técnico Científico como lo aseguró la demandante en su escrito inaugural; no obstante, la Superintendencia Nacional de Salud en uso de sus facultades jurisdiccionales, así como los de inspección, vigilancia y control en relación con el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias a que están sujetas las entidades que prestan servicios de salud, acudió a los profesionales en medicina adscritos a dicha dependencia, para que bajo sus propios conceptos médicos y científicos analizarán la situación en concreto, frente a lo cual el Doctor Darío Alexander Rodríguez, estableció:

Con ocasión de la evidencia aportada en la contestación de la demanda, se realiza una nueva revisión de la información, en donde se corroboran los diagnósticos de la paciente, así mismo, se realiza una revisión de las indicaciones terapéuticas aprobadas por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA para el Cannabidiol, evidenciando que las presentaciones con registro de este componente activo, no se contemplan para los diagnósticos registrados en la historia clínica allegada, así mismo, se verifica el listado de medicamentos UNIRS publicado en la web <https://www.sispro.gov.co/central-prestadores-de-servicios/Pages/MIPRES.aspx>, sin embargo, no se encuentra el Cannabidiol como parte del mismo; se consulta el oficio 20228100000584271 de invima, mediante el cual se pronuncian respecto de las fórmulas magistrales, en especial, la que concierne en el caso específico, de la siguiente manera:

*"Con respecto a si el medicamento PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDIOL (CBD) – CANNABIDIOL (3%), DELTA – 9 – TETRAHIDROCANABINOL (MENOR A 0.19%) – 30mg/mL CBD – TITULACIÓN DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICO **se encuentra indicado para tratar DOLORES CRÓNICOS INTRATABLES**, se informa que esta no se encuentra autorizada por parte del INVIMA. Lo anterior, dado que como el medicamento PREPARACIÓN MAGISTRAL DE EXTRACTO RICO EN CANNABIDIOL (CBD) – CANNABIDIOL (3%), DELTA – 9 – TETRAHIDROCANABINOL (MENOR A 0.19%) – 30mg/ml CBD – TITULACIÓN DE LA DOSIS DE ACUERDO CON EFECTOS TERAPEUTICO **corresponde a una PREPARACION MAGISTRAL que no requiere registro sanitario por parte del INVIMA. El médico tratante con base en su conocimiento, "Lex artis" y al soporte científico***

correspondiente, es quien establece la indicación del producto para su paciente y establece la dosificación adecuada de acuerdo con las concentraciones de (THC), cannabidiol (CBD) con las cuales dicho profesional ordenó mediante prescripción sea elaborada la preparación para el tratamiento indicado. Dicha preparación con base en la prescripción médica debe ser elaborada en el establecimiento farmacéutico certificado por el Invima., (Negrilla y subraya fuera de texto).

Así mismo, se evidencia en la consulta realizada a la base pospopuli del Ministerio de Salud y protección Social "<https://pospopuli.minsalud.gov.co/PospopuliWeb/paginas/resultadomedicamentos.aspx?value=H4sIAAAAAAAEAGNgZGBg%2bA8EIBoE2EAMheT8IMz0FtTc0tDtaT S4sLS1JRE2%2bTEvLzEpMyUzPwcbgAxxhazFOAAAAA%3d%3d>", que el DELTA-9-TETRAHIDROCANNABINOL + CANNABIDIOL, se encuentra financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) en todas las concentraciones y formas farmacéuticas.

Del anterior concepto, se concluye que el medicamento que le fue ordenado a la accionante es utilizado para manejar dolores crónicos y que no tiene registro INVIMA por cuanto es utilizado como preparación magistral, entendiéndose dicho concepto como «Es el preparado o producto farmacéutico para atender una prescripción médica, de un paciente individual, que requiere de algún tipo de intervención técnica de variada complejidad. La preparación magistral debe ser de dispensación inmediata» (artículo 1, Decreto 2330 de 2006, modificado por el artículo 3 del Decreto 2200 de 2005).

Bajo ese entendido, resulta acertada la orden dada por el a quo a fin de que sea suministrado por parte de la EPS el medicamento ordenado por el médico tratante de la promotora del litigio, más aún, cuando el mismo recurrente en su escrito manifestó que el INVIMA sí ha aceptado los medicamentos que contengan Cannabidiol en preparaciones magistrales y que son financiadas con el presupuesto máximo; y si bien no está aprobado para el tratamiento de la enfermedad que padece la demandante, lo cierto es que es un medicamento apto para el manejo del dolor crónico como bien se mencionó en el concepto médico previamente señalado.

De otro lado, al verificarse la base pospopuli del Ministerio de Salud y Protección Social

<https://pospopuli.minsalud.gov.co/PospopuliWeb/paginas/resultadoprevio.aspx?value=H4sIAAAAAAAEA GNgZGBg%2bA8EIBoE2EAM3ZLMgnxbI7Wk0uLC0tSURFvnxLy8xKTMIMz8HLWyxJz8ltdwxoY4gYAAP bJb0UAAAA%3d>, se encuentra que en efecto el medicamento al que se ha hecho referencia está financiado con recursos de Unidad de Pago por Capacitación (UPC), como se puede ver a continuación:



Resultados

2 resultados para su búsqueda: Cannabidiol

Filtre su resultado por: Todas

DELTA-9-TETRAHIDROCANNABINOL + CANNABIDIOL

Medicamento

CÓDIGO ATC N02BG10

Incluye todas las concentraciones y formas farmacéuticas

Financiado con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)

Ver detalle

En ese orden de ideas, se tiene que al no suministrarse el medicamento ordenado por el médico tratante de la señora Claudia Patricia Rodríguez vulnera y amenaza sus derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal, máxime que no cuenta con los recursos económicos para acceder a él de manera particular como se aseguró en la demanda.

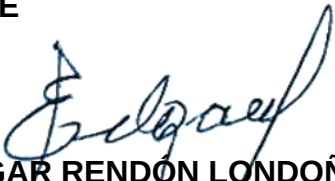
Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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 apelada proferida por la **SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN**, de fecha 18 de noviembre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110012205000202300237-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA
DEMANDADOS	SALUD TOTAL EPS

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte pasiva, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 6 de octubre de 2023.

ANTECEDENTES

La **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA** acude a la presente acción a efectos de que se ordene:

DECLARATIVAS

- PRIMERA:** Que **SE DECLARE** que la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de la Samaritana prestó servicios de salud a la **SALUD TOTAL EPS S.A.**, en atenciones iniciales de urgencias, a tarifas soat vigente en la fecha de prestación del servicio, medicamentos a tarifas institucionales vigentes en la fecha de prestación del servicio y material de osteosíntesis a valor compra mas 12%, durante la vigencia 2015.
- SEGUNDA:** Que **SE DECLAREN** infundadas las glosas presentadas a la factura| toda vez que se encuentra plenamente justificado y motivado médica y administrativamente la prestación de servicios.
- TERCERA:** Que **SE DECLARE** que a la fecha **SALUD TOTAL EPS S.A.** adeuda a mi representada el valor de doce millones seiscientos sesenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$12.669.450) M/Cte.
- CUARTA:** Que **SE DECLARE** que la **SALUD TOTAL EPS S.A.** adeuda a mi representada los intereses moratorios sobre el valor glosado, conforme lo establece el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, parágrafo 5° del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 y artículo 7° del Decreto 1281 de 2002.

DE CONDENA:

PRIMERA: Que **SE CONDENE** a la **SALUD TOTAL EPS S.A.**, pagar a favor de mi representada el valor de doce millones seiscientos sesenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$12.669.450) M/Cte.

SEGUNDA: Que **SE CONDENE** a la **SALUD TOTAL EPS S.A.**, pagar a favor de mi representada el valor de los intereses moratorios causados sobre el valor de las facturas glosadas a partir de la radicación, conforme los establece el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, parágrafo 5º del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 y artículo 7º del Decreto 1281 de 2002.

TERCERA: Que se condene a la **SALUD TOTAL EPS S.A.**, a pagar a favor de mi representada las **COSTAS** y **AGENCIAS EN DERECHO** que se causen en el presente proceso.

Fundamentó sus pretensiones señaló en síntesis que, prestó sus servicios de salud a la EPS Salud Total en atención inicial de urgencias, tarifas SOAT vigente en la fecha de presentación del servicio, medicamentos a tarifas institucionales vigentes en la fecha de presentación del servicio y material de osteosíntesis a valor compra más 12%, durante la vigencia 2015; que los servicios de salud prestados fueron facturados y radicados inicialmente en la EPS; no obstante, se presentó glosas de facturación las cuales fueron sometidas al trámite que estable el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011.

Sostuvo que, se encontraba plenamente justificado y soportado médica y administrativamente la prestación de los servicios de salud, a pesar de ello la accionada no había aceptado los soportes y las justificaciones médicas administrativas que mostraban la pertinencia y cobro de las cuentas, lo cual se encontraba sustentado en el siguiente pantallazo:

SALUD TOTAL EPS-S. S.A. NIT 800,130,907							
GDOT0000826355	28/02/2015	303876	17/03/2015	25.459.469	12.669.450	6.931.255	19.600.705
TOTAL							

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SALUD TOTAL EPS contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda; indicó que las facturas no cumplían con los requisitos legalmente establecidos para el pago, ya que una vez realizado el estudio para ordenar la cobertura del medicamento denominado «inmunoglobulina», no tenía autorización expresa por parte del INVIMA para el tratamiento para el cual fue suministrado, adjuntándose las siguientes imágenes:

PENTAGLOBIN * 50ML							
Registro Sanitario	INVIMA 2012M-012811-R2	Vencimiento	2018/01/30	Modalidad	IMPORTAR Y VENDER	Estado Registro	Vigente
Observaciones	LAS CONTRAINDICACIONES Y ADVERTENCIAS DEBEN APARECER EN LOS MATERIALES DE EMPAQUE MAS LA FECHA DE VENCIMIENTO Y EL NUMERO DE LOTE. "TODA INFORMACIÓN CIENTÍFICA, PROMOCIONAL O PUBLICITARIA SOBRE LOS MEDICAMENTOS DEBERÁ SER REALIZADA CON ARREGLO A LAS CONDICIONES DEL REGISTRO SANITARIO Y A LAS NORMAS TÉCNICAS Y LEGALES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 79 DEL DECRETO 677 DE 1995" Y "EL TITULAR Y FABRICANTE AUTORIZADO EN EL REGISTRO SANITARIO, ADQUIEREN LA OBLIGACIÓN DE MANTENER LAS BUENAS PRACTICAS DE MANUFACTURA DURANTE LA VIGENCIA DEL REGISTRO SANITARIO".						

Datos de Interés del Medicamento

Forma Farmaceutica	SH - SOLUCIONES	Franja	NINGUNA
Indicaciones	SUSTITUCIÓN DE INMUNOGLOBULINAS EN PACIENTES INMUNODEFICIENTES.		

Principios Activos

Principio	Cantidad	Unidad de Medida
PROTEINA DE PLASMA HUMANO DE LA CUAL INMUNOGLOBULINA POR LO MENOS 95%	50.00000	mg
INMUNOGLOBULINA G (IGG)	38.00000	mg
INMUNOGLOBULINA M (IGM)	6.00000	mg
INMUNOGLOBULINA A (IGA)	6.00000	mg

Arguyó que, era necesario analizar si el paciente presentaba algún estado de inmunodeficiencia para aprobar el medicamento; que la historia clínica no se estaba documentando ningún tipo de inmunodeficiencia, sino que se estaba ordenando segunda línea de antibiótico de amplio espectro, más «inmunoglobulina», con lo cual se confirmaba que se había utilizado como inmunomoduladores, pero no para tratamiento de paciente inmunodeficiente, por lo que no tenía indicación INVIMA para ese caso.

Precisó que, en múltiple jurisprudencia en la cual se ha establecido que existe daño y por consiguiente, responsabilidad civil por prescripción de medicamentos sin uso autorizado INVIMA; que si en este caso se había dado negación a los medicamentos era porque científicamente no cumplía con los requisitos e indicaciones mínimos de seguridad terapéutica avalados por el máximo ente que regula los medicamentos en Colombia, siendo de absoluta responsabilidad tanto del médico tratante como del Juez en el caso de que obligará la entrega de los medicamentos de cualquier efecto adverso a corto, mediano o largo plazo, aun cuando en este momento pudiera generar algún bienestar.

Recalcó que, a partir del 27 de diciembre de 2013, con la expedición de la resolución 5521 de 2013, en donde se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud se estipula: *«a ninguna Entidad Promotora de Salud le es legalmente permitido autorizar y suministrar medicamentos que no estén debidamente aprobados y registrados por el INVIMA o que estando aprobados, estén indicados para el manejo y tratamiento de patologías específicas»*, frente a lo cual se tenía que los medicamentos que hubieren sido autorizados por la EPS en virtud de una orden médica, debía ser empleados estrictamente en las indicaciones consignadas en el registro sanitario expedido por la autoridad competente, esto es, el INVIMA.

Sostuvo que, no es obligación de la EPS asumir coberturas y suministro de medicamento que no tienen indicación para el tratamiento del paciente, pues estaría otorgando para el manejo de patologías diferentes; reiterando que el medicamento no se encuentra incluido dentro del POS, situación que no permitía predicar que se encontraría incumpliendo con el acceso a los servicios contenidos el Plan Obligatorio.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través del Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 6 de octubre de 2022, decidió:

PRIMERO:	RECONOCER PERSONERÍA para actuar, al abogado DANY ALEXANDER PIRAJON SOLER , identificado con la cédula de ciudadanía número 1.052.385.123 de Duitama (Boyacá), y Tarjeta Profesional de Abogado 295.499 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado especial de EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA , dentro de los términos y para los efectos del poder conferido.
SEGUNDO:	ACCEDER a las pretensiones de la demanda formuladas por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA , contra SALUD TOTAL EPS-S S.A. , identificada con NIT 800.130.907-4; por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.
TERCERO:	ORDENAR a SALUD TOTAL EPS-S S.A. , identificada con NIT 800.130.907-4, pagar a favor de EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA , la suma DOCE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 12.669.450 M/CTE) , correspondientes a las glosas y/o devoluciones que resultaron infundadas respecto de la factura de venta No. GDOT0000826355 de fecha 28 de febrero de 2015 , de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia. Dicho pago deberá realizarse dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.
CUARTO:	ORDENAR a SALUD TOTAL EPS-S S.A. , pagar a favor de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA , los intereses moratorios causados respecto de los valores a reconocer por parte de la entidad responsable del pago SALUD TOTAL EPS-S S.A. , desde la fecha de la radicación de la factura, hasta la fecha en que se haga el pago efectivo de las misma, los cuales deben ser liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para el período del pago. Dicho pago deberá realizarse dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.
QUINTO:	ORDENAR a SALUD TOTAL EPS-S S.A. , pagar a favor de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA , la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$633.472 M/CTE) , por concepto de agencias en derecho; Dicho pago deberá realizarse dentro de los cinco (05) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

SEXTO:	Contra la presente providencia procede la impugnación ante el TRIBUNAL SUPERIOR – SALA LABORAL del Distrito Judicial que corresponda, el cual deberá presentarse en este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la notificación de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.
SÉPTIMO:	NOTIFICAR, por el medio más expedito el contenido de esta sentencia con el archivo electrónico denominado “Revisión Proceso J-2017-0100”, a la entidad demandante EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA a las direcciones de correo electrónico notificaciones@hus.org.co / juridica.apoyo2@hus.org.co y, al demandado SALUD TOTAL EPS-S.A., identificada con NIT 800.130.907-4, en la dirección de correo electrónico notificacionesjud@saludtotal.com.co , y/o en las direcciones registradas por las partes ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

Como sustento a su decisión, señaló que, de acuerdo con los soportes allegados al proceso, se tenía acreditado que la E.S.E Hospital Universitario de la Samaritana había emitido factura de venta No. GDOT0000826355 de fecha 28 de febrero de 2015, por valor de \$25.459.469, con ocasión a los servicios de salud prestados al usuario desde el 13 al 27 de febrero de 2015, radicada ante la entidad accionada mediante oficio del 1 de julio de 2015.

Indicó que, luego de surtido el trámite anterior, las partes habían suscrito acta de conciliación el 7 de julio de 2016, en el que el demandado impuso glosas a la aludida factura en cuantía de \$12.669.450; que de acuerdo con la descripción de los servicios contenidos en la factura objeto del proceso, se tenía que el prestador había realizado el cobro a la EPS del medicamento «INMUNOGLOBULINA HUMANA IgG+IgG Sol Iny 50ml, en cantidad de 10», por la suma de \$15.836.800; sin embargo, dentro de los soportes allegados no se evidenciaba glosa inicial respecto del aludido medicamento formulado por el demandado, pese a ello, la IPS demandante al emitir respuesta a las glosas formuladas por el EPS demandada el 22 de julio de 2015, había dicho:

Causa: 207 TARIFAS MEDICAMENTOS

el POS, que sean 22.4882 7 INMUNOGLOBULINA G HUMANA (IGG 38 MG)/(IGM 6 MG)/(IGA 6 MG) IV SOLUCION INYECTABLE 5 %/10 ML

Aplica cuando los cargos por medicamentos que vienen relaci justificados en los soportes de la factura, presentan diferencias con los valores que fueron pactados. Tambiñ aplica cuando los cargos por medicamentos no incluidos en el POS, que sean Excede precio m̀ximo p̀blico y/o farma precios; Glosa por Topes del Ministerio de la Protecci=n Social 12.669.450

Respuesta: 999 SUBSANADA (GLOSA O DEVOLUCION NO ACEPTADA)

IPS NO ACEPTA GLOSA IPS NO ADSCRITA A LA RED

Sostuvo que, asimismo se había observado dentro del expediente documento de fecha 12 de julio de 2016, suscrito por los profesionales auditor y analista del hospital, en el que se había hecho alusión a que el motivo de la negación de la glosa correspondía a lo siguiente:

Código de glosa	Motivo glosa	Observaciones
207	Inmunoglobulina G Humana (IGG38ml) (IGM – 6mg) (IGA6ml) IV solución inyectable 5% 10 ml. Aplica cuando los cargos por medicamentos que vienen relacionados y justificados en los soportes de la factura presentan diferencias con los valores que fueron pactados. También aplica cuando los cargos por medicamentos no incluidos en el POS excede precio máximo al público y/o farmaprecios; glosa por topes del Ministerio de la Protección Social	Salud Total EPS hace notificación de glosa con respecto al medicamento en mención por mayor valor cobrado según precio regulado a nivel nacional, sin embargo se verifica el valor cobrado por miligramo corresponde al valor tope de la normatividad vigente, siendo esto reconocido en proceso de conciliación por la entidad responsable de pago. <u>Se mantiene glosa entre las partes pues se verifica diferencia entre la presentación del medicamento cobrado y el autorizado por el CTC (negrilla y subrayado ajeno al texto)</u>

Enfatizó que, de acuerdo a lo contenido en el documento de conciliación suscrito por las partes el 7 de julio de 2016, resultaba claro que la glosa ratificada por la entidad responsable del pago que había impedido el pago total de la factura de venta No. GDOT0000826355 de fecha 28 de febrero de 2015, en la diferencia registrada en la presentación del medicamento «INMUNOGLOBULINA» cobrada por la IPS (50ml) y la presentación autorizada por el Comité Técnico Científico, desestimaba el argumento de defensa presentado por la demandada, en donde refería que no efectuaba el pago de la factura reclamada por cuanto el medicamento «INMUNOGLOBULINA», estaba indicado por el INVIMA para pacientes inmunodeficientes, y que tenía autorización por parte del INVIMA solo para uso terapéutico, siendo argumentos que no se habían considerado por la accionada durante el trámite administrativo.

Señaló que, de acuerdo a la historia clínica allegada al proceso, se trataba de un paciente menor de edad que había ingresado por el servicio de urgencias, en donde fue prescrito por su médico pediatra tratante la tecnología en salud «INMUNOGLOBULINA G ENRIQUEDICA CON AM AMP DE 50 ML: 100 ML EV DÍA 1/5». También se encontraba «FORMATO PARA SOLICITUD Y JUSTIFICACIÓN DE MEDICAMENTOS/DISPOSITIVOS BIOMÉDICOS Y PROCEDIMIENTOS NO POS», realizado por el médico pediatra tratante del menor de la IPS demandante ante la EPS demandada, para el medicamento.

Adujo que, la EPS accionada no había sustentado la causal de glosa ratificada a la factura analizada, puesto que no había aportado el acta de autorización del medicamento NO POS emitido por el Comité Técnico Científico de esa EPS, que permitiera al despacho evidenciar la diferencia en la presentación de la tecnología en salud cobrada y prescrita por el médico tratante del paciente, con la autorizada por el CTC, razón por lo que debía declararse como infundada.

Refirió que, al realizar la verificación del precio del medicamento administrado en las páginas web del ADRES se tenía que el valor oscilaba en \$1.583.675, encontrándose ajustado el valor reclamado; por lo tanto, ordenó el pago pretendido por la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

SALUD TOTAL EPS apeló la decisión del *a quo*, reiterando lo manifestado en la contestación de la demanda, esto es, que el medicamento objeto de la Litis de acuerdo con las indicaciones impartidas por el INVIMA no es de uso terapéutico para la patología con que actualmente cursa el usuario; por lo tanto, no podía ser autorizado.

De otro lado, precisó que, mediante auto A 2017-000322 del 20 de febrero de 2017, fue admitida la presente demanda, la cual se notificó el 18 de mayo de 2017; que mediante correo electrónico radicado NURC1-2017-011814 del 23 de mayo de 2017, se dio contestación de la demanda y el 24 de octubre de 2022, se notificó la sentencia; por consiguiente, debe ser revocada la sentencia ya que al momento en que se profiere y notifica la providencia, la Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación ya había perdido competencia, ello en virtud de lo consagrado en el parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

Consideró que, de acuerdo a la normatividad señalada se había excedido al término con el que contaba para conocer y fallar la demanda, circunstancia que no tenía otro efecto que la pérdida de competencia conforme a lo dispuesto en el artículo 121 del CGP.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar: *i)* si procede el recobro de la factura GDOT0000826355 correspondiente a los servicios prestados por la ESE Hospital Universitario la Samaritana a usuario de la entidad accionada por la suma de \$12.6693.450; *ii)* si el Juez de primera instancia perdió competencia para proferir la decisión, al no haberse proyectado el fallo dentro de los términos establecidos por la Ley.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal f) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

i) **Glosas de facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud**

La Resolución No. 3047 de 2008, modificada por la Resolución No. 416 de 2009, define como glosa «Es una no conformidad que afecta en forma parcial o total el valor de la factura por prestación de servicios de salud, encontrada por la entidad responsable del pago durante la revisión integral, que requiere ser resuelta por parte del prestador de servicios de salud».

En la decisión de primera instancia, sostuvo el a quo que la parte actora había presentado ante la EPS demandada factura de venta No. GDOT0000826355 del 28 de febrero de 2015, por valor de \$25.459.469, con ocasión a los servicios prestados al usuario desde el 13 al 27 de febrero de 2015; que mediante oficio del 1 de julio de 2015, se habían emitido glosas por valor \$19.531.154 y que en acuerdo de conciliación del 7 de julio de 2016, la pasiva había impuesto glosas a la aludida factura por la suma de \$12.669.450, señalándose motivos distintos a los indicados en la contestación de la demanda para negarlo.

Al verificarse las pruebas adjuntas al informativo, encuentra la Sala que en efecto se encuentra soportado documentalmente las afirmaciones efectuadas por el sentenciador de primera instancia; en efecto, en el archivo 5.6 cuadro conciliación glosas con entidad, carpeta 5, expediente digital se encuentra la referida conciliación de fecha 7 de julio de 2016, en donde la entidad accionada manifestó como razones que conllevaron la glosa parcial, así:

\$12.669.450	EPS LEVANTA GLOSA PARCIAL POR TARIFAS IPS NO CORRESPONDE A LA R D. SE MANTIENE GLOSA DE PENTAGLOBINA 50ML SEGÚN CIRCULAR 07 DE 2013 FACTURADO I ORFECTAMENTE POR LA IPS SE VERIFICA EN SOPORTES SE EVIDENCIA QUE LA EPS AUTORIZA MI MA MOLECULA POR DIFERENTE PRESENTACION (10ML) POR LO CUAL SE GENERA GLOSA, IPS AC EPTA POR PERTINENCIA MEDICA 1 DIA DE CUIDADO INTERMEDIO A BIPERSONAL PACIENTE SIN CRITE IOS SIN INOTROPIA Y MODULACION DE SIRS, SE ACEPTAN 2 CH, 1 BUN, 1PCR, 1VSG, 1 CA POR AUS NCIA DE INTERPRETACION EN HC, SE ACEPTAN 3 DIAS DE ESTANCIA BIPERSONAL IN PORTUNIDAD EN REALIZACION DE PROCEDIMIENTO OXO E INOPORTUNIDAD EN EGRESO TEN NO) EN CUENTA QUE SE AISLO EN HEMOCULTIVOS GERMEEN DE ORIGEN NOSOCOMIAL. SE ACEPT. POR SOBREFACTURACION TAPON HEPARINIZADO, 2 VENDAS ELASTICAS, 2 BOME S DE INFUSION, 4 BURETAS, 3 CATETER No. 22, CUCHILLA PARA BISTURY, ELECTRODOS DE EL CTF OCARDIOGRAMA, SE ACEPTA POR MAYOR VR COBRADO SEGUN PRECIO REGULADO EN CIRCL AR 37 DE 2013 MEROPENEM 1 GR. A \$50,558 FACTURADO A \$80.000C/U CANTIDAD 19
	IPS SOPORTA TRAMITE DE AUTORIZACION DE ESTANCIA...

Dentro del archivo 5.4 paquete RTA glosa detallada, de la carpeta 5, archivo digital, militan las objeciones presentadas por la entidad accionante a las glosas, señalando:

SEÑORES
SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL REGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL REGIMEN
SUBSIDIADO S.A.
Nit: 800130907 Direccion: CRA. 18 #109 -15 Telefono: 6296646
Mercado:

Querido Saludo,
Con la presente enviamos a ustedes el cuadro final de las objeciones formuladas por su entidad a las facturas que por prestación de servicios de salud a sus afiliados, generó la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de la Samaritana identificado con el Nit: 899999032-5.
Continuación describimos a grosso modo los valores definitivos de las facturas tramitadas dentro de la presente respuesta:

Registro	Factura	Fecha Factura	Objetado	Aceptado	Soportado	Folios
1	GDOT0000826355	28/02/2015 10:45:23 a.m.	\$ 19.531.154,00	\$ 0,0	\$ 19.531.154,00	
	Vr Facturado	\$ 25.459.469,00				
	Vr Objetado	\$ 19.531.154,00				
	Vr Aceptado	\$ 0,0	(%) ,00			
	Vr Soportado	\$ 19.531.154,0	(%) 100,00			

Agradecemos de ante mano su colaboración.
Atentamente.


YESMIT SANCHEZ CARDENAS
Profesional Area de Objeciones

2 7 CEFTRIAXONA (SAL SODICA) POLVO PARA RECONSTITUIR A SOL. INY. 1 G Aplica cuando los cargos por medicamentos relacionados y/o justificados en los soportes de la factura, presentan diferencias con los valores que fueron pactados. También aplica cuando los cargos por medicamentos no incluidos en el POS, que sean 8.0002 7 MEROPENEM POLVO PARA RECONSTITUIR 1.000 M cuando los cargos por medicamentos que vienen relacionados y/o justificados en los soportes de la factura, presentan diferencias con los valores que fueron pactados. También aplica cuando los cargos por medicamentos no incluidos en el POS, que sean Excede precio máximo público y/o farma precios Glosa por Ministerio de la Protección Social 1.520.0002 7 CLORHIDRATO POLVO PARA RECONSTITUIR A SOL. INY. 500 MG Aplica cuando los cargos por medicamentos que vienen relacionados y/o justificados en los soportes de la factura, presentan diferencias con los valores que fueron pactados. También aplica cuando los cargos por medicamentos no incluidos en el POS, que sean 459.9002 7 ACETAMINOFEN JARABE ML Aplica cuando los cargos por medicamentos que vienen relacionados y/o justificados en los soportes de la factura, presentan diferencias con los valores que fueron pactados. También aplica cuando los cargos por medicamentos no incluidos en el POS, que sean 22.4882 7 INMUNOGLOBULINA G HUMANA (IGG 38 MG)/(IGM 6 MG)/(IGA 6 MG) IV SOLUCION INYECTABLE 5 %/10 ML Aplica cuando los cargos por medicamentos que vienen relacionados y/o justificados en los soportes de la factura, presentan diferencias con los valores que fueron pactados. También aplica cuando los cargos por medicamentos no incluidos en el POS, que sean Excede precio máximo público y/o farma precios; Glosa por Topes del Ministerio de la Protección Social 12.669.450

IPS NO ACEPTA GLOSA IPS NO ADSCRITA A LA RED
\$ 331.844,0

De lo anterior, no cabe duda que las razones por los que la entidad demandada emitió la glosa parcial frente a la factura No. GDOT0000826355 del 28 de febrero de 2015, en especial en relación al medicamento «INMUNOGLOBULINA», se debió a diferencias en las tarifas y valores pactados con la IPS, pero como bien lo sostuvo el a quo, en ningún momento se discutieron temas relacionados en si el medicamento había sido suministrado de acuerdo a los estándares del señalados por el INVIMA, tal y como lo arguye ahora la recurrente al señalar que se utilizó como inmunomodulador, pero no como tratamiento de paciente inmunodeficiente, lo cual no tenía indicación INVIMA.

A juicio de la Sala resulta acertada la conclusión a la que arribó el Juez de primera instancia, en cuanto a que la razón por la cual se negó el valor del medicamento administrativamente y que generó la glosa parcial, no es la misma que discute en el presente caso la EPS; por lo tanto, no sería procedente estudiar los fundamentos que en esta oportunidad de discuten.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se analizarán las razones relacionadas con las indicaciones del INVIMA para el medicamento «INMUNOGLOBULINA», se tiene que tampoco llevarían a una conclusión distinta a la decidida en la sentencia apelada, toda vez que al revisarse la historia clínica del paciente que necesitó del medicamento, presentaba el siguiente diagnóstico:

DIAGNOSTICO	CIE - 10	FECHA DE DIAGNOSTICO
1. ESTAFILOCOCEMIA		
2. SEPSIS POR ESTAFILOCOCO		
3. NEUMONIA POR ESTAFILOCOCO		
DESCRIPCION DEL CASO CLINICO QUE MOTIVA LA SOLICITUD		
PACIENTE DE 8 AÑOS DE ADA QUIEN PRESENTA LUEGO DE CX EN MANO DERECHA EMBOLISMO SEPTICO? O ESTAFILOCOCEMIA CON SIEMBRA PULMONAR CON DETERIORO IMPORTANTE LUCE SEPTICO TOXICO, SE LE INDICA POR ESTO PASO A INTERMDIOS ATB DE AMPLIO ESPECTO 2 LINEA, MAS INMUNOMODULADORES, EN LOS CULTIVOS TOMADOS POSITIVOS A ESPERA DE TIPIFICACION		

Asimismo, el médico tratante justico la suministración del medicamento en los siguientes términos:

MEDICAMENTOS/DISPOSITIVO BIOMEDICO/PROCEDIMIENTOS NO POS SOLICITADO				
PRINCIPIO ACTIVO/DISPOSITIVO BIOMEDICO/PROCEDIMIENTO	(DIGITE SOLAMENTE SI ES MEDICAMENTO)		CANTIDAD	TIEMPO DE USO
	CONCENTRACION	DOSIS/DIA		
INMUNOGLOBULINA G ENRIQUECIDA CON M (AMP 50 ML)	AMPOLLA X 50 CC	100 CC IV DIA	10	5 DIAS
JUSTIFICACION DEL MEDICAMENTO/PROCEDIMIENTO/INSUMO NO POS				
Terapia de las infecciones bacterianas con empleo simultáneo de antibióticos como coadyuvante de proceso septico severo.				
SEÑALE LAS PRECAUCIONES, CONTRAINDICACIONES, EFECTOS SECUNDARIOS ASOCIADOS CON EL EMPLEO DEL MEDICAMENTO/PROCEDIMIENTO NO POS				
Tras la administración puede aparecer de forma pasajera un aumento de la temperatura, dolor de espalda, dolor en la región pélvica, sensación de ahogo, malestar y prurito dolores de espalda, náuseas, Disnea, shock				
Rafael Eduardo Bocanegra Garcia MEDICO PEDIATRA				

Frente a los conceptos del médico tratante ha dicho la Corte Constitucional que es el principal criterio para otorgar los servicios de salud, tal y como lo indicó en sentencia T 651-2014, donde dijo:

El Estado y las entidades promotoras de salud, se encuentran en la obligación de prestar la atención médica integral que requieran sus usuarios de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, continuidad y oportunidad, pilares establecidos desde el ordenamiento constitucional.

La jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta que la prestación médica ordenada puede o no estar dentro del Plan Obligatorio de Salud, ha determinado que, en principio, debe ser prescrita por el galeno tratante, quien conoce al paciente y está adscrito a la respectiva empresa prestadora de salud. No obstante, la EPS correspondiente puede estar obligada a acoger la prescripción de un médico no adscrito a ella, si la entidad tiene noticia de dicha fórmula médica y no la descartó con base en información científica^[1], pues la falta de adscripción de un profesional calificado no ha de constituir una barrera para acceder a los servicios de salud requeridos.^[2]

Esta Corporación ha concluido que las Entidades Promotoras de Salud se encuentran autorizadas para ordenar medicamentos genéricos o comerciales, siempre y cuando estos cumplan con los criterios de calidad, seguridad, eficacia y comodidad para el paciente, siguiendo el criterio del médico tratante; sin embargo, dicha facultad otorgada por la legislación Colombiana, fue limitada por el Ministerio de Protección Social, quien a través de la Resolución 4377 de 2010 estableció que, los médicos deben formular medicamentos en presentación genérico; y en caso que se prescriban en presentación comercial, deberá acompañarse con su respectiva justificación.^[3]

La jurisprudencia constitucional ha establecido que la decisión relativa a los tratamientos y medicamentos idóneos o adecuados para atender la patología de un paciente está únicamente en cabeza de los médicos y no le corresponde al juez. La reserva médica en el campo de los tratamientos se sustenta en los siguientes criterios: (i) el conocimiento médico-científico es el que da cuenta de la necesidad de un tratamiento o medicamento, para justificar la implementación de recursos económicos y humanos del sistema de salud (criterio de necesidad); (ii) el conocimiento médico-científico es el que vincula al médico con el paciente, de tal manera que el primero se obliga para con el segundo y de dicha obligación se genera la responsabilidad médica por las decisiones que afecten a los pacientes (criterio de responsabilidad). Por lo tanto, (iii) el conocimiento médico-científico es el que debe primar y no puede ser sustituido por el criterio jurídico, so pena de poner en riesgo al paciente (criterio de especialidad). Y esto, (iv) sin perjuicio que el juez cumpla a cabalidad su obligación de proteger los derechos fundamentales de los pacientes, incluso en la dinámica de la relación médico-paciente (criterio de proporcionalidad)^[4].

En efecto, la Corte^[5] ha insistido en que el médico es la persona especializada en la medicina humana, capaz de brindar soluciones y respuestas a problemas de salud, a través de medicamentos, tratamientos que mejoran la calidad de vida del paciente, y que le permite ir más allá de un conocimiento general. Según el criterio de necesidad se debe procurar por que se haga un uso adecuado y racionalizado tanto de las posibilidades del personal médico, de las instituciones prestadoras del servicio de salud, de los medios científicos y tecnológicos, así como de los recursos que los sustentan. Ha precisado la Corte que el acceso a los servicios médicos está sujeto a un criterio de necesidad y el único con los conocimientos científicos indispensables para establecer la necesidad de un servicio de esta naturaleza es, sin duda alguna, el médico tratante^[6]. **De acuerdo con lo anterior, el médico tratante es la persona idónea para determinar qué procedimiento y/o tratamiento debe seguir el paciente.**

Por lo expuesto, esta Sala reitera la posición jurisprudencial constitucional en cuanto a que una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, vulnera sus derechos si se niega a suministrar lo prescrito por el médico tratante, sin fundamentarse en una razón científica clara, expresa y debidamente sustentada. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En ese sentido al no existir un soporte científico por parte de la entidad demandada en la cual demostrará que no era dable suministrarle el medicamento «INMUNOGLOBULINA» al paciente que se encontraba en estado crítico, no puede este ente judicial establecer que lo ordenado por el médico tratante no era lo adecuado, pues tal y como lo precisó la jurisprudencia en cita, es el galeno quien conoce al paciente y sabe cuál es la mejor alternativa para tratar la enfermedad.

En ese orden de ideas, al estar soportada la factura del medicamento suministrado por la IPS al afiliado de la entidad accionada, da lugar a que se ordene el pago de lo solicitado en los valores establecidos por el Juez.

ii) Pérdida de competencia del Juez por exceder los límites establecidos por la Ley para decidir.

Sostiene el recurrente que debe revocarse la decisión de primer grado, teniendo en cuenta que el Juez excedió el término establecido en el parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, y el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, para fallar, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 121 del CGP.

A fin de resolver la controversia resulta pertinente traer a colación lo señalado en sentencia T 341-2018, en donde la Corte Constitucional frente al tema señaló:

111. *Ahora bien, mediante la acción de tutela contra providencias judiciales solo puede invalidarse una decisión de un juez ordinario que implique una interpretación por completo irrazonable de la normativa vigente y que, por ende, incurra en alguno de los defectos antes mencionados. **Es por ello que en la sede de acción de tutela debe considerarse que el juez ordinario no incurre en defecto orgánico al aceptar que el término previsto en el artículo 121 del Código General del Proceso, para dictar sentencia de primera o de segunda instancia, si bien implica un mandato legal que debe ser atendido, en todo caso un incumplimiento meramente objetivo del mismo no puede implicar, a priori, la pérdida de la competencia del respectivo funcionario judicial y, por lo tanto la configuración de la causal de nulidad de pleno derecho de las providencias dictadas por fuera del término fijado en dicha norma, no opera de manera automática.***

112. *En esa medida, tendrá lugar la convalidación de la actuación judicial extemporánea en los términos del artículo 121 del CGP, bajo el razonamiento expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que se menciona en los fundamentos jurídicos 96 al 102 de la presente providencia, esto es: cuando lo que se pretenda sea la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial y la obtención de resultados normativos institucionales, siempre dentro del marco de la garantía del plazo razonable y el principio de la lealtad procesal.*

113. *Por el contrario, la actuación extemporánea del funcionario judicial no podrá ser convalidada y, por tanto, dará lugar a la pérdida de competencia, cuando en el caso concreto se verifique la concurrencia de los siguientes supuestos:*

(i) Que la pérdida de competencia se alegue por cualquiera de las partes antes de que se profiera sentencia de primera o de segunda instancia.

(ii) Que el incumplimiento del plazo fijado no se encuentre justificado por causa legal de interrupción o suspensión del proceso.

(iii) Que no se haya prorrogado la competencia por parte de la autoridad judicial a cargo del trámite para resolver la instancia respectiva, de la manera prevista en el inciso quinto del artículo 121 del CGP.

(iv) Que la conducta de las partes no evidencie un uso desmedido, abusivo o dilatorio de los medios de defensa judicial durante el trámite de la instancia correspondiente, que hayan incidido en el término de duración del proceso.

(v) Que la sentencia de primera o de segunda instancia, según corresponda, no se haya proferido en un plazo razonable.

114. *De otra parte, en casos como el que se revisa, esto es, procesos iniciados en vigencia del Código de Procedimiento Civil y adecuados con posterioridad a las disposiciones del Código General del Proceso, no resulta viable computar el término de un año con el que el juez cuenta para proferir la sentencia de primera instancia, a partir de la fecha en que se efectuó la última notificación de la demanda a la contraparte.*

Siguiendo en anterior derrotero jurisprudencial, no encuentra la Sala que se presenten las causales allí invocadas para la pérdida de competencia por parte del Juez de primera instancia, toda vez que la parte actora no alegó previamente dicha consecuencia previo a que se profiriera la decisión de primer grado, además de ello, tampoco se observó un uso desmedido, abusivo o dilatorio de los medios de defensa judicial durante el trámite de la instancia correspondiente.

Por lo anterior, se confirmará la decisión apelada.

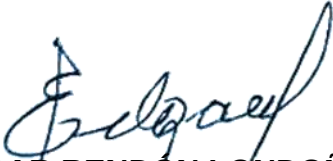
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través del Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de

Conciliación, proferida el 6 de octubre de 2022, conforme a los razonamientos expuestos en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001220500020230030101
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	OLGA MIYERI VALDERRAMA HERRERA
DEMANDADO	MEDISALUD UT
VINCULADOS	- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide La Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022).

ANTECEDENTES

La señora **Olga Miyeri Valderrama Herrera** acude a la presente acción a efectos de que ordene el reembolso a MEDISALUD UT de los gastos en que asumió para dar continuidad al tratamiento médico requerido en la clínica Barraquer por valor de \$8.051.800, conforme a las facturas y soportes que se anexaron, y los cuales comprenden los siguientes conceptos:

1. *LENTE DE CONTACTO BIONEDICS : \$18.000*
2. *TRANSPLANTE DE CORNEA OI –CORNEA COBANCOL Y EXAMENE PREQUIRURGICO: \$7.947.800*

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

3. LENTE TERAPEUTICO: \$ 29.000
4. EXAMENES DE LABORATORIO: \$50.000
5. PANFLEX OI: \$7.000

Fundamentó sus pretensiones, señalando que es paciente con cuadro clínico de queropatía vesicular bullosa, pseudofaquia complicada, descompensación corneal, distrofia endotelial corneal, glaucoma de ángulo abierto y glaucoma maligno; que le informó a MEDISALUD UT sobre una intervención «CX FILTRANTE EN OJO DERECHO» y que para el año 2018, se encontraba pendiente de una trasplante de células endoteliales en el ojo izquierdo siendo remitida por el Centro Oftalmológico del Llano a una entidad de salud de IV nivel de complejidad en cornea, porque en dicha ciudad no había ninguna IPS que pudiera darle manejo a su diagnóstico.

Narró que, desde hace 4 años ha recibido tratamiento de IV nivel en la Clínica Barraquer de la ciudad de Bogotá, la cual es una entidad de alto reconocimiento nacional por ser pionera en temas oculares, por contar con personal profesional y supra especialista en el tema, es por ello que entendiendo la gravedad de sus diagnósticos venía asumiendo los costos de controles, citas, medicamentos, insumos, entre otros, de manera particular debido a que en su momento la entidad SERVIMEDICOS S.A.S. no había autorizado el servicio requerido, sumado a otros factores, pero el tratamiento era muy costoso, por lo que no pudo soportar la continuidad del mismo, más aún porque permanecía incapacitada y su salario se había reducido.

Adujo que, desde el 1 de marzo de 2018, fecha en la cual entró a operar MEDISALUD UT, solicitó el servicio requerido; que dicha entidad la remitió al centro médico OPTISALUD ubicada en la ciudad de Tunja - Boyacá, la cual no fue aceptada porque no contaba con un acompañante; que en virtud a ello, elevó una solicitud a MEDISALUD UT para que le informará qué entidades de salud tenía IV nivel y pudieran darle manejo a su diagnóstico, mediante oficio de fecha 17 de agosto de 2018, la accionada contestó:

Me permito informarle que una vez Revisado su caso la necesidad de un servicio de IV nivel de atención con especialista de Cornea, dentro de los actuales prestadores contamos con los servicios de OPTISALUD [...].

Sostuvo que, al indagar sobre la idoneidad de OPTISALUD evidenció que si bien contaba con especialista en córnea, no contaba con especialista en cirugía de trasplante de células endoteliales de la córnea, de manera que no era el lugar idóneo para el manejo de su enfermedad, en ese sentido la accionada dilató caprichosamente su tratamiento; que para el día 14 de diciembre de 2018, su situación se agravó al punto que su ojo se empezó a ulcerar debiéndose realizar un raspado para poder implantar el injerto de

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

células endoteliales en el OI, viéndose en la necesidad de sufragar los gastos de esa cirugía a fin de realizarse «VITRECTOMIA (sic) ANTERIOR OD, RETIRO LENTE INTRAOCULAR OD, IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR SECUNDARIO OD, QUERATOPLASTIA (sic) PENETRANTE OD y QUERATOPLASTIA (sic) DE CELULAS (sic) ENDOLETIALES (sic) EN OI», y otros gastos en la Clínica Barraquer.

Agregó que, mediante fallo de tutela de fecha 31 de enero de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, se ordenó:

ORDENAR a la Unión Temporal -Medisalud que garantice el tratamiento médico integral que la señora Oiga Miyery Valderrama Herrera requiere dentro de las patologías de "QUEROPATÍA VESICULAR BULLOSA y GLAUCOMA SEVERO EN AMBOS OJOS" que padece. Se le advierte a la -unión temporal, que bajo ninguna circunstancia de índole administrativo o inexistencia de convenios, podrá suspender a la el tratamiento integral ordenado por los profesionales de su red médica, por cuanto este es un tema de carácter interno entre las distintas entidades, que no tienen por qué soportar los usuarios del servicio de salud y que no podrá condicionar la prestación de los servicios y suministros médicos a una orden del Juez de Tutela; sino que por el contrario, debe prestar el servicio de salud de manera eficiente y con observancia del principio de integralidad, eficiencia, universalidad y continuidad dentro del marco de las garantías Constitucionales

Cuarto: DISPONER que la Unión Temporal Medisalud, deberá CUBRIR los gastos de transporte a favor de Oiga, Miyery Valderrama Herrera y su acompañante, cuando los servicios médicos prescritos en atención a las patologías de "QUEROPATIA VESICULAR BULLOSA y GLAUCOMA SEVERO EN AMBOS OJOS", se le presten en ciudad diferente a la de su domicilio."

Afirmó que, a la fecha tiene una pérdida de capacidad laboral del 96% , lo que le ha generado una invalidez y por ello recibió una pensión de invalidez por parte de la Secretaría de Educación del Meta, pero que con la misma solo cubre sus necesidades básicas, que al no haberse autorizado oportunamente los servicios requeridos tuvo que sufragar por sus propios medios lo solicitado lo cual le generó obligaciones crediticias; que actualmente presenta luxa fractura del pie derecho que le ocasiona disminución en su movilidad y requiere acompañamiento constate que le implica más gastos.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

MEDISALUD UT contestó señalando que la demandante se encuentra afiliada a dicha entidad y que a la fecha le ha garantizado de forma integral y continua los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes, tal y como se evidenciada con el historial de servicios autorizados en donde aparecía:

HISTORIAL DE SERVICIOS AUTORIZADOS

Nº	Fecha	Solicitante	Prestador autorizado	Diagnostico	Servicio	Cant/Di as	Observaciones
1	2021-08-17	JERSALUD SAS - VILLAVICENCIO	MULTISALUD LIMITADA-01	OTRAS OTITIS EXTERNAS	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OTORRINOLARINGOLOGIA	1	(SOM de 2021-08-17) No. Contrato DPM-0035 **
2	2021-06-28	INVERSIONES	MULTISALUD	OTRA OTITIS	LAVADO E	1	SS.BILATERAL No.

		CLINICA DEL META S.A.	LIMITADA-01	MEDIA AGUDA NO SUPURATIVA	IRRIGACION DE OIDOS		Contrato DPM-0035 **
3	2021-04-07	CORPORACION CLINICA	DIAXIME S.A.S-01	FRACTURA DE LA EPIFISIS INFERIOR DE LA TIBIA	RADIOGRAFIA DE TOBILLO (AP LATERAL Y ROTACION INTERNA)	1	(SOM de 2021-03-12) PIE DERECHO No. Contrato DPM-014 **
4	2021-03-25	CORPORACION CLINICA	IPS ORTOFISICA DE COLOMBIA S.A.S.	FRACTURA DE LA EPIFISIS INFERIOR DE LA TIBIA	CAMINADOR	1	(SOM de 2021-03-12) No. Contrato DPM-058 QUEJA SUPER - VOBO JEFE JHOANA PALACIO No. Contrato DPM-058 **
5	2021-03-12	CORPORACION CLINICA	MULTISALUD LIMITADA-01	FRACTURA DE LA EPIFISIS INFERIOR DE LA TIBIA	TERAPIA FISICA INTEGRAL	5	(SOM de 2021-03-12) 10/5 No. Contrato DPM-036 **
6	2021-03-15	JERSALUD SAS - VILLAVICENCIO	SOLUCIONES INTEGRALES EN SALUD OCUPACIONAL COLOMBIA SAS	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA DEL TRABAJO	1	(SOM de 2021-01-04) SE PROGRAMA LA CITA PARA EL DIA 19 D E MARZO 2021 EN UN HORARIO DE 3:00 PM No. Contrato E-2018064 **
7	2021-02-12	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CONTUSION DEL TOBILLO	INTERNACION COMPLEJIDAD ALTA HABITACION BIPERSONAL	3	se autoriza estancia de los días 12,13,14 de febrero de 2021 sujeto auditoria médica y pertinencia médica No. Contrato DPM-063 **
8	2021-02-12	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CONTUSION DEL TOBILLO	CAPSULORRAFIA DE TOBILLO	1	Sujeta auditoria medica y pertinencia No. Contrato DPM-063 **
9	2021-02-12	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CONTUSION DEL TOBILLO	LIGAMENTORRAFIA O REINSERCCION DE LIGAMENTOS VIA ABIERTA	1	sujeta auditoria medica y pertinencia vo.bo. dr RRP No. Contrato DPM-063 **
10	2021-02-11	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CONTUSION DEL TOBILLO	INTERNACION COMPLEJIDAD ALTA HABITACION BIPERSONAL	2	SE AUTORIZA ESTANCIA DIA 10 Y 11 DE FEBRERO 2021 SUJETA AUDITORIA MEDICA No. Contrato DPM-063 **
11	2021-02-08	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CONTUSION DEL TOBILLO	INTERNACION COMPLEJIDAD ALTA HABITACION BIPERSONAL	3	(Se autoriza estancia 07-08-09 de febrero 2021, sujeta auditoria médica y pertinencia No. Contrato DPM-063 **
12	2021-02-05	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CONTUSION DEL TOBILLO	REDUCCION ABIERTA CON FIJACION DE LUXO FRACTURA O FRACTURA (UNI O BIMALEOLAR) DE TOBILLO	1	sujeta auditoria médica y pertinencia vo.bo DR. RRP Se autoriza material de osteosintesis según cotización del 05 de febrero por valor de \$ 985.882) No. Contrato DPM-063 **
13	2021-02-04	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CONTUSION DEL TOBILLO	INTERNACION COMPLEJIDAD ALTA HABITACION BIPERSONAL	3	se autoriza estancia de los días 4,5,6 de febrero de 2021 sujeto auditoria médica y pertinencia medica No. Contrato DPM-063 **

14	2021-02-02	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CONTUSION DEL TOBILLO	REDUCCION CERRADA DE	1	PROCEDIMIENTO SUJETO AUDITORIA

					LUXOFRACTURA DE CUELLO DE PIE O TOBILLO		MEDICA VB DR RR No. Contrato DPM-063 **
15	2021-02-02	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CONTUSION DEL TOBILLO	REDUCCION CERRADA DE LUXACION TRAUMATICA TOBILLO (CUELLO DE PIE)	1	PROCEDIMIENTO SUJETO AUDITORIA MEDICA VB DR RR No. Contrato DPM-063 **
16	2021-02-02	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CONTUSION DEL TOBILLO	INTERNACION COMPLEJIDAD ALTA HABITACION BIPERSONAL	2	SE AUTORIZA ESTANCIA DIA 2 Y 3 DE FEBRERO 2021 SUJETA AUDITORIA MEDICA No. Contrato DPM-063 **
17	2020-12-07	CENTRO OFTALMOLOGICO DEL LLANO S.A.	IPS ORTOFISICA DE COLOMBIA S.A.S.	GLAUCOMA PRIMARIO DE ANGULO ABIERTO	BASTON EN ALUMINIO	1	(SOM de 2020-08-04) SE AUTORIZA BASTON INVIDENTE BAJO COTIZACION DEL DIA 05/12/2020 SGC-MAN-001 \$80.000 No. Contrato DPM-058 **
18	2020-11-25	JERSALUD SAS - VILLAVICENCIO	SOLUCIONES INTEGRALES EN SALUD OCUPACIONAL COLOMBIA SAS	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN MEDICINA DEL TRABAJO	1	(SOM de 2020-11-25) CITA MEDICINA LABORAL 27 DE NOVIEMBRE 2020 9:20 AM No. Contrato E-2018064 **
19	2020-08-18	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	ANEMIA DE TIPO NO ESPECIFICADO	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN GINECOLOGIA Y OBSTETRICIA	1	(SOM de 2020-08-09) No. Contrato DPM-063 **

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

20	2020-07-22	CORPORACION CLINICA	ECOGRAFIAS DEL LLANO S.A.	TRASTORNO DE LA MAMA NO ESPECIFICADO	ECOGRAFIA DE MAMA CON TRANSDUCTOR DE 7 MHZ O MAS	1	(SOM de 2020-07-09) No. Contrato DPM-015 **
21	2020-07-09	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE INFERIOR INTERNO DE LA MAMA	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN GINECOLOGIA Y OBSTETRICIA	1	(SOM de 2020-06-13) CITA 09/07/2020 7:40 Am Dr Salazar No. Contrato DPM-063 **
22	2020-06-19	CORPORACION CLINICA	ECOGRAFIAS DEL LLANO S.A.	TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE INFERIOR INTERNO DE LA MAMA	MAMOGRAFIA BILATERAL	1	(SOM de 2020-06-13) No. Contrato DPM-015 **
23	2020-06-13	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	HERIDA DE LA MAMA	INTERNACION COMPLEJIDAD ALTA HABITACION BIPERSONAL	3	(SOM de 2020-06-13) Se autoriza estancia días 12-13-14 de junio de 2020 autorización sujeta a auditoria y concurrencia médica. No. Contrato DPM-063 **
24	2020-06-12	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	HERIDA DE LA MAMA	INTERNACION COMPLEJIDAD ALTA HABITACION BIPERSONAL	3	estancia dia 09 10 11 de junio 2020 sujeta auditoria médica ,vb jj No. Contrato DPM-063
25	2020-06-06	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	MASTODINIA	INTERNACION COMPLEJIDAD ALTA HABITACION BIPERSONAL	3	(SOM de 2020-06-06) (Se autoriza estancia 06-07-08 de junio de 2020 , sujeta auditoria médica y pertinencia) No. Contrato DPM-063 No. Contrato DPM-063 **
26	2020-02-25	OFTALMOS S.A. CLINICA BARRAQUER	OFTALMOS S.A. CLINICA BARRAQUER	GLAUCOMA PRIMARIO DE ANGULO ABIERTO	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR OPTOMETRIA	1	(SOM de 2019-11-13) CONSULTA DE CONTROL CON OPTOMETRIA EN TRAMITE DE PAGO POR ANTICIPO A CLINICA BARRAQUER, SEGUN COTIZACION EMITIDA EL DIA 15/01/2020 POR VALOR DE \$160.000, VALOR TOTAL ANTICIPO 400.000 No. Contrato **
27	2020-02-25	OFTALMOS S.A. CLINICA BARRAQUER	OFTALMOS S.A. CLINICA BARRAQUER	GLAUCOMA PRIMARIO DE ANGULO ABIERTO	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA	1	(SOM de 2019-11-13) CONSULTA DE CONTROL CON OFTALMOLOGIA EN TRAMITE DE PAGO POR ANTICIPO A CLINICA BARRAQUER, SEGUN COTIZACION EMITIDA EL DIA 15/01/2020 POR VALOR DE \$240.000, VALOR TOTAL ANTICIPO \$400.000 No. Contrato No. Contrato **
28	2020-01-08	CORPORACION CLINICA	CORPORACION CLINICA	CELULITIS DE LA CARA	INTERNACION COMPLEJIDAD ALTA HABITACION BIPERSONAL	3	ESTANCIA DEL 6 AL 8 ENERO 2020 AUTORIZACION SUJETA A PERTINENCIA Y AUDITORIA MEDICA No. Contrato DPM-063 **
29	2019-07-05	CLINICA OFTALMOLOGICA PREVER S.A.S.	OFTALMOS S.A. CLINICA BARRAQUER	GLAUCOMA PRIMARIO DE ANGULO ABIERTO	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA	1	(SOM de 2019-05-06) TRAMITE ANTICIPO, SE AUTORIZA CONSULTA de OFTALMOLOGIA IV NIVEL, SEGUN COTIZACION DEL 18 JUNIO DE 2019, POR UN VALOR DE \$39.500 No. Contrato **
30	2019-05-06	CLINICA OFTALMOLOGICA PREVER S.A.S.	CLINICA OFTALMOLOGICA PREVER S.A.S.	GLAUCOMA PRIMARIO DE ANGULO ABIERTO	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA	1	Autorizado por sistema automático (Aplican tarifas del contrato: DPM-025) **
31	2018-11-29	DOMEDICAL IPS S.A.S-01	DOMEDICAL IPS S.A.S-01	OTROS GLAUCOMAS	MOXIFLOXACINO SOLUCION OFTALMICA 5 mg	1	(SOM de 2018-11-29) No. Contrato **
32	2018-10-31	CLINICA OFTALMOLOGICA PREVER S.A.S.	CLINICA OFTALMOLOGICA PREVER S.A.S.	DISMINUCION DE LA AGUDEZA VISUAL SIN ESPECIFICACION	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN	1	**
33	2018-10-01	DISCOLMEDICA S.A.S-NEIVA	DISCOLMEDICA S.A.S-NEIVA	EXAMEN MEDICO GENERAL	OFTALMOLOGIA FENILEFRINA+PREDN ISOLONA 0.12%+1% SOL OFT GTS FCO*5ML (CORTIOFTAL F) - MK **CODIGO PROPIO	1	**
34	2018-10-02	DISCOLMEDICA S.A.S-NEIVA	DISCOLMEDICA S.A.S-NEIVA	EXAMEN MEDICO GENERAL	SOLUCION SALINA HIPERTONICA AL 5 VISCOSA PARA USO OFTALMICO	2	**
35	2018-09-27	DOMEDICAL IPS S.A.S-01	DOMEDICAL IPS S.A.S-01	EXAMEN MEDICO GENERAL	MOXIFLOXACINO SOLUCION OFTALMICA 5 mg BRIMONIDINA+DORZ	1	**

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

36	2018-07-11	CLINICA OFTALMOLOGICA PREVER S.A.S.	DISCOLMEDICA S.A.S-NEIVA	DISMINUCION DE LA AGUDEZA VISUAL SIN ESPECIFICACION	OLAMIDA+TIMOLOL (2MG+20MG+5MG)/ML SOL OFT GTS FCO*5ML (KRYTAN TEK) - SOPHIA **CODIGO PROPIO	1	(SOM de 2018-07-11) ENTREGA 2/6 No. Contrato **
37	2018-07-11	CLINICA OFTALMOLOGICA PREVER S.A.S.	DISCOLMEDICA S.A.S-NEIVA	DISMINUCION DE LA AGUDEZA VISUAL SIN ESPECIFICACION	CARBOXIMETILCELULOSA 0.5% SOL OFT FCO*15ML (FREEGEN) - OPHTHA **CODIGO PROPIO	1	(SOM de 2018-07-11) ENTREGA 2/6 No. Contrato **
38	2018-04-23	CENTRO OFTALMOLOGICO DEL LLANO S.A.	IPS SIKUANY LTDA	GLAUCOMA PRIMARIO DE ANGULO ABIERTO	BRIMONIDINA+DORZOLAMIDA+TIMOLOL (2MG+20MG+5MG)/ML SOL OFT GTS FCO*5ML (KRYTAN TEK) - SOPHIA **CODIGO PROPIO	1	(SOM de 2018-04-23) APLICAR 1 GOTA CADA 12 HORAS AO 1/6 No. Contrato **

Enfatizó que, la señora Olga Valderrama presenta la patología «*GLAUCOMA OJODER Y EN EL IZQ QUERATOPATIA*», la cual venía siendo tratada por el operados MEDICOL SALUD UT a través de la IPS SERVIMEDICOS, tal como se soportaba de la historia clínica; que la entidad demandada inició la operación para la prestación de servicios de salud a los afiliados del magisterio de la región 4 en los Departamentos de Boyacá, Casanare y Meta a partir del 1 de marzo de 2018.

Indicó que, la usuaria ya venía con un proceso adelantado para el procedimiento quirúrgico de queratoplastia endotelial ojo izquierdo con el anterior prestador MEDICOL SALUD UT, el cual según lo dicho por la misma accionante tuvo demoras en la autorización del procedimiento quirúrgico, en vista de lo anterior y con el fin de dar continuidad al tratamiento que requería la usuaria, procedió a tramitar consulta por primera vez por especialista en cornea, siendo asignada para el día 11 de agosto de 2018 a las 3:30 p.m. con el Doctor Juan Manuel Sánchez en la IPS OPTISALUD; sin embargo, la usuaria no aceptó la cita agendada.

Acotó que, no tiene contrato suscrito con la IPS OFTALMOS S.A., ni con la Clínica Barraquer donde la usuaria ha venido siendo atendida, por esta razón fue direccionada a la IPS SOCIEDAD DE SERVICIOS OCULARES LTDA – OPTISALUD en donde se contaba con la especialidad para ser tratada su patología, pero la usuaria no aceptó.

Por lo anterior, se ratificaba en la respuesta emitida por parte de la Coordinación de Atención de Villavicencio a la usuaria Olga Valderrama de fecha 4 de abril de 2019, al no reconocimiento económico por concepto de procedimiento quirúrgico queratoplastia endotelial ojo izquierdo, debido a que no ha negado el servicio y tampoco hubo negligencia de su parte.

El **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** contestó señalando que no le constaba los hechos de la demanda; solicitó fuera desvinculada del presente proceso de acuerdo con la facultad que tiene de suscribir contrato de fiducia mercantil en su calidad de fideicomitente y la FIDUPREVISORA S.A., dentro de la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 en la Notaría 44 del Circuito de Bogotá, contrato prorrogado varias veces y vigente hoy en día.

Resaltó que, el objeto del contrato de fiducia mercantil con la FIDUPREVISORA S.A. consistía en que administrará, invirtiera y destinará al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, conforme a las instrucciones que fueran impartidas por el Consejo Directivo del mismo y su finalidad era darle eficaz administración de los recursos del fondo, por consiguiente, era obligación de la FIDUPREVISORA S.A. garantizar la prestación de los servicios de salud, contratando a las entidades de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo del FOMAG.

Por lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional no tenía la competencia respecto de la prestación del servicio de salud.

La **FIDUPREVISORA S.A.** presentó escrito de contestación en el cual dijo que es una entidad de servicios financieros cuyo objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias; que dentro del giro ordinario de sus negocios no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud, los cuales se encuentran reservados a las entidades prestadoras de salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud y las empresas sociales del estado, y demás entidades que conforman la organización del sistema general de seguridad social en salud en Colombia.

Bajo ese entendido, era la Unión Temporal MEDISALUD la encargada de garantizar y prestar la atención médica a la accionante; que de conformidad con el manual de usuario del régimen del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando un docente se encuentre en una situación de urgencia y sea atendido por una IPS que no se encuentre dentro de la red de la Unión Temporal a la cual se encuentre afiliado, la IPS que atendió al docente debe realizar el recobro a la Unión Temporal.

Frente a lo cual se tenía que el manual de usuario del régimen especial FOMAG disponía: *«Si en forma irregular la IPS cobró la atención de la urgencia vital al afiliado del Sistema de Salud del Magisterio, el prestador deberá reembolsar dicho dinero, tras pagar la cuenta a la IPS respectiva»*. En ese sentido la Fiduprevisora S.A. No era la legitimada para la prestación de los servicios de salud.

Como medio de defensa propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022), decidió:

RESUELVE

PRIMERO. -	RECONOCER PERSONERÍA a la doctora Laura Susana Rodriguez Maza, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.260.465 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 210.232 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en condición de apoderado especial de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A, para actuar en condición de apoderada especial de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A, y de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL/FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
SEGUNDO. -	ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión formulada por la señora Olga Miyeri Valderrama Herrera, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.914.513, en contra de la Sociedad MEDISALUD U.T., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído
TERCERO. -	ORDENAR a la Sociedad MEDISALUD U.T., reembolsar a favor de la señora Olga Miyeri Valderrama Herrera, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.914.513,

26 Anexo SUPERARGO RAD NURC 202182300047755 Folio 18 de 11

	la suma de siete millones novecientos cincuenta y cuatro mil ochocientos pesos m/cte (\$ 7.954.800), en el término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.
CUARTO. -	ORDENAR al representante legal de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – LA FIDUPREVISORA S.A., como entidad vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a cuyo cargo están las prestaciones sociales y servicios médicos asistenciales de los docentes y sus beneficiarios, que, en caso que MEDISALUD U.T., no realice el pago a favor de la demandante en el término señalado en el artículo anterior, proceda a descontar dicha suma del contrato suscrito con MEDISALUD U.T., efectuando el reconocimiento y pago de la suma de la suma de siete millones novecientos cincuenta y cuatro mil ochocientos pesos m/cte. (\$ 7.954.800), a favor de la señora Olga Miyeri Valderrama Herrera, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.914.513, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.
QUINTO. -	APELACIÓN. La presente sentencia puede ser objeto del recurso de apelación para que de ella conozca, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, del domicilio del apelante, el cual deberá interponerse ante este despacho, dentro del término de tres (3) días, contados a partir del día siguiente a la notificación de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019.
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE  IVHÓN ADRIANA FLÓREZ PEDRAZA Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación	

Como sustento de su decisión, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud señaló que de acuerdo con la historia clínica obrante dentro del expediente, se concluía que el cuadro clínico de la señora Olga Valderrama debía ser atendido de carácter urgente por lo cual se le debía garantizar una atención inmediata y oportuna, evidenciado por parte de los prestadores de servicios de salud del Fondo de Prestaciones del Magisterio Región No. 4 conductas de inoportunidad, negativa injustificada y negligencia demostrada al no habersele garantizado de manera oportuna el servicio de salud denominado trasplante de células endoteliales ojo izquierdo que sus médicos especialistas tratantes habían ordenado desde el 20 de junio de 2017 y el 8 de agosto del mismo año.

Sostuvo que, se demostró el proceso que la accionada no le brindó a la demandante para su patología diagnosticada con varios años anteriores, con criterios de calidad, oportunidad, pertinencia y continuidad, toda vez que hizo caso omiso al cuadro clínico de la paciente y a la solicitud de remisión a una IPS de IV nivel urgente para intervención trasplante de células endoteliales en ojo izquierdo, sin tener en cuentas las razones expuestas por la demandante al indicar *«Al autorizarle consulta para la Sociedad de Servicios Oculares LTDA – OPTISALUD ubicada en la ciudad de Tunja del Departamento de Boyacá, la remiten a médicos que no han venido tratando su patología y no han seguido su proceso médico siendo más cercana la ciudad de Bogotá de acuerdo a los diagnósticos que le habían dado en el Hospital Simón Bolívar, Clínica San Ignacio y Clínica Barraquer, donde también le han estabilizado y realizado los procedimientos y cirugías, aunado a que no era posible ir a Boyacá porque no contaba con ningún familiar allí [...]»*.

Frente a lo anterior, consideró el *a quo* que MEDISALUD U.T. desconoció los factores médicos de salud con los que venía siendo tratada la usuraria con los prestadores anteriores, limitando su contestación de la demanda a factores distintos y relacionados con el anterior prestador, alejados todos ellos a la necesidad de la atención que requería su afiliada, sin desvirtuar los hechos de la demanda al realizar énfasis expreso de cada uno de ellos.

De otro lado, dijo que debió tenerse en cuenta por parte de la accionada que la demandante gozaba de especial protección constitucional por su condición de salud, bajo el diagnóstico de pseudofaquia complicada el ojo derecho y lo referente a sus complicaciones de salud en ojo izquierdo, además de sus condiciones de movilidad, evidenciándose en la demanda que la actora presentó dictamen médico laboral con una pérdida de capacidad laboral expedido por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con fecha 19 de marzo de 2021, con una pérdida de capacidad laboral del 96%, lo cual le generó un otorgamiento de la pensión de invalidez por parte de la Secretaría de Educación del Meta.

Bajo ese entendido, accedió al reconocimiento económico por los gastos en que incurrió la demandante por concepto de la *«realización del procedimiento quirúrgico vitrectomía anterior od, retiro lente intraocular od, implante de lente intraocular secundario od y queratoplastia penetrante od, y queratoplastia de células endoteliales en ojo izquierdo, exámenes de diagnóstico y consulta con especialidad de optometría, todo ello practicado en la clínica Barraquer Oftalmos S.A.»*.

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

En cuanto al responsable para el pago del reembolso la Superintendencia de Salud mencionó que el Tribunal Superior de Bogotá D.C. al decidir en segunda un caso análogo había precisado que, de no realizarse el pago por parte del prestador del servicio de salud la Fiduprevisora debía descontar la suma facturada en virtud del contrato celebrado con la IPS, con la finalidad de responder por las obligaciones dinerarias que tenía a su cargo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

RECURSO DE APELACIÓN

La **MEDISALUD UT** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación el cual sustentó en que no accedía al reintegro del reembolso solicitado teniendo en cuenta que la accionante se encuentra afiliada a Medisalud Unión Temporal y hasta la fecha se le ha garantizado de forma integral y continúa los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes.

Arguyó que, ante la inoportuna prestación del servicio por parte del anterior operador Medicol Salud UT en la autorización del procedimiento quirúrgico de queratoplastia endotelial ojo izquierdo, MEDISALUD UT a través de su red contratada y con el fin de dar continuidad al tratamiento que requería la usuaria, procedió a tramitar consulta de primera vez por especialista de córnea siendo asignada para el día 11 de agosto de 2018 a las 3:00 p.m. con el Doctor Juan Manuel Sánchez en la IPS OPTISALUD; sin embargo, la usuaria no aceptó la cita agendada.

Reiterando que no tiene contrato suscrito con la IPS Clínica Barraquer donde la usuaria ha venido siendo atendida, por esta razón fue direccionada a la IPS Sociedad de Servicios Oculares LTDA OPTISALUD en donde se encontraba con la especialidad para ser tratada su patología de trastornos especificados de la córnea, pero la usuaria no aceptó la cita.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si la demandada MEDISALUD UT debe reembolsar a favor de la demandante la suma de \$7.954.800, correspondiente al valor que tuvo que asumir la accionante por concepto de trasplante de córnea ojo izquierdo, examen preanestésico y panflex ojo izquierdo unilateral.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Olga Miyery Valderrama Herrera presenta los siguientes diagnósticos

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

médicos: glaucoma secundario a otros trastornos del ojo, estado post trabeculectomía, estado post queratoplastia endotelial y Pseudofaquia (carpeta 1 instancia 15 001 2205 00 2021 00502-00, carpeta 1. Anexos demandada, archivo diagnóstico); **ii)** que el día 14 de diciembre de 2018, se le practicó queratoplastia endotelial en ojo izquierdo (carpeta 1 instancia 15 001 2205 00 2021 00502-00, carpeta 1. Anexos demandada, carpeta anexos historia clínica); **iii)** que la IPS SERVIMEDICOS en el mes de agosto de 2017, ordenó remitirla a la ciudad de Bogotá para posible trasplante de endotelio (carpeta 1 instancia 15 001 2205 00 2021 00502-00, carpeta 2. Contestación, archivo solicitud ordenes cirugía ocular); **iv)** que el Centro Oftalmológico del Llano con fecha 12 de enero de 2018, ordenó remitirla a un centro de servicio de IV nivel ante la complejidad de la enfermedad (carpeta 1 instancia 15 001 2205 00 2021 00502-00, carpeta 2. Contestación, archivo solicitud ordenes cirugía ocular); y **v)** que según Formato de Dictamen Médico Laboral de la Pérdida de Capacidad Laboral o del estado de Invalidez para los Educadores Afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de fecha 19 de marzo de 2021, expedido por MEDISALUD UT, la demandante presenta una pérdida de capacidad laboral del 96,4%, estableciéndose como descripción de las deficiencias: pérdida de agudez visual y deficiencia por alteración relacionada con el pensamiento (carpeta 1 instancia 15 001 2205 00 2021 00502-00, carpeta 2. Contestación, archivo certificado discapacidad).

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto **en los numerales 2 y 3 del literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007**, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

i) Procedencia de reembolso de gastos médicos

En miras de resolver la litis planteada, se tiene que la obligación por parte de las EPS de reembolsar a sus afiliados los gastos en que estos hubieran tenido que incurrir por concepto de salud se encuentra regulada en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en donde se ha precisado los eventos concretos en los que opera el reembolso, así como el trámite para su obtención, así:

ARTÍCULO 14. 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*

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

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. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Debe recordarse que, son fines primordiales del sistema de seguridad social en salud la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, oportunidad, calidad y eficiencia frente a los riesgos que atentan contra la salud de los usuarios, pues así lo establece el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015.

Asimismo, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a los principios del sistema general de seguridad social en salud los cuales corresponden a la universalidad, solidaridad, igualdad, obligatoriedad, prevalencia de derechos, equidad, calidad, entre otros.

De otro lado, la Corte constitucional en sentencia **T- 122/2021**, recordó:

85. El otro principio que resulta pertinente a la luz de los casos de la referencia es el de integralidad. De acuerdo con el Artículo 8 de la Ley 1751 de 2015, los servicios y tecnologías en salud que requieren los usuarios del Sistema de Salud deben proveerse “de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador.”^[151] De esta garantía se deriva, en los términos de la misma norma, una prohibición de fragmentar “la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.”^[152] Como resultado de este principio, la Corte Constitucional^[153] ha interpretado que el servicio de salud debe ser prestado de manera eficiente,^[154] con calidad^[155] y de manera oportuna,^[156] antes, durante y después de la recuperación del estado de salud de la persona.^[157]

Lo anterior, se armoniza con lo dispuesto en la sentencia CSJ **SC2769-2020** de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en donde se determinó la responsabilidad civil de las entidades prestadoras del servicio de salud cuando no acatan las obligaciones que tienen con sus afiliados, indicando:

Al entrar a analizar la incidencia de los diferentes eslabones que conforman la cadena de intervinientes dentro del sistema de seguridad social en salud, frente a una deficiente prestación del servicio, en SC13925-2016 se acotó que

(...) la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...)». (Art. 177)

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que «son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley».

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente entre áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención puede ser sorprendentemente alto.

Todas esas personas podrían tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo; sin embargo, para el derecho civil no es necesario, ni posible, ni útil realizar un cálculo matemático del porcentaje de intervención de cada elemento de la organización en la producción física del evento adverso. Para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, tal como se dijo en páginas precedentes (punto 3.2).

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

De manera que para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional.

Más adelante agrega que

El numeral 9º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales. Y para lograr una atención segura y de calidad es imprescindible la capacidad de la organización para transmitir información a otros prestadores, entre su personal, y entre éstos y los pacientes y sus familiares.

La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina “cultura de seguridad del paciente”, que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.

En el reciente pronunciamiento CSJ SC9193-2017 se insistió en que por mandato legal las EPS «son las responsables de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento, la representación de los afiliados ante las instituciones prestadoras, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la asunción del riesgo transferido por el usuario», reiterando que

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

[l]a cultura de calidad total del servicio de salud y seguridad del paciente tiene repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil, pues en el entorno del sistema obligatorio de calidad de la atención en salud las demoras en la prestación del servicio; el uso de tecnología obsoleta; la ausencia de tratamientos y medicamentos de utilidad comprobada por la medicina evidencial; la despreocupación por la satisfacción del cliente y la falta de atención de sus necesidades asistenciales; la falta de disciplina en el acatamiento de reglamentos tales como guías, normas técnicas y reglas de diligenciamiento de la historia clínica; la insuficiencia de continuidad e integralidad del servicio; la complacencia frente a malas prácticas y su ocultamiento; y en fin, la carencia de un pensamiento orientado al proceso y desarrollo de estrategias que aseguren un mejoramiento continuo e interminable del servicio de salud que involucre a todas las personas de los distintos niveles de la jerarquía, son circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

Como se puede concluir del anterior recuento jurisprudencial, existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de éstos, así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil.
(Negrilla y subrayado fuera del texto original).

De otro lado, la Corte Constitucional ha sostenido el derecho a la continuidad del servicio de salud, indicando en la sentencia T-015/2021, lo siguiente:

21. La jurisprudencia constitucional también ha desarrollado ampliamente el derecho a la continuidad en el servicio de salud para lo cual ha establecido y reiterado criterios que deben tener en cuenta la Entidades Promotoras de Salud a fin de garantizar la continuidad de tratamientos médicos ya iniciados.^[29] Así mismo, la Corte ha identificado una serie de eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de estos servicios,^[30] en razón de los principios de efectividad y eficiencia pero también “en virtud de sus estrecha relación entre el acceso efectivo al Sistema de Salud, como servicio público, y el postulado de confianza legítima, derivado del principio de la buena fe (art. 83 de la C.P.), según el cual, los ciudadanos gozan de la certeza de que su entorno no sufra modificaciones abruptas que no desarrollen un fin constitucional legítimo. En el ámbito de la salud, tal certeza se materializa en la garantía de que a los afiliados no se les interrumpirá injustificadamente su tratamiento médico^[31] o cualquiera que sea el servicio de salud que se esté prestando, cuya interrupción ponga en peligro los derechos fundamentales a la salud, a la integridad o a la dignidad de los pacientes.

En el presente asunto, quedó plenamente demostrado y reconocido por la entidad demandada que desde el mes de agosto de 2017, se ordenó a la demandante remisión a la ciudad de Bogotá para posible trasplante de endotelio, siendo remitida por parte de SERVIMEDICOS IPS que operaba para ese momento, si bien la llamada a juicio alega que las demoras en los procedimientos médicos que requería la paciente se dieron con

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

antelación al momento en que empezó a operar como prestadora de los servicios médicos del Magisterio, lo cierto es que de acuerdo al material probatorio recaudado la entidad demandada conoció de ante mano las patologías que padecía la señora OLGA MIYERI VALDERRAMA HERRERA, a pesar de ello, no acudió de manera oportuna y diligente una vez conoció de su caso, pues si bien manifestó que programó cita con consulta de primera vez con especialista en córnea el día 11 de agosto de 2018, con el Doctor Juan Manuel Sánchez de la IPS OPTISALUD, lo cierto es que de acuerdo por lo informado por la señora Valderrama dicha cita se programó para la ciudad de Tunja – Boyacá, no siendo su lugar de domicilio y donde se le dificultaba más su traslado, además de no contar con familiares en ese sitio.

Lo anterior, se corrobora con el escrito por ella presentado ante la MEDISALUD UT de fecha 8 de agosto de 2018, en la cual le puso de presente que dada la autorización para ser atendida por OPTISALUD ubicada en la ciudad de Tunja – Boyacá, debía considerarse que no habían sido sus médicos tratantes, siendo más cercana la ciudad de Bogotá, además de no contar con ningún familiar en dicha ciudad que la pudiera acompañar, ni tener los medios económicos para solicitar los servicios de manera particular; frente a lo cual la accionada contestó el 17 de agosto de 2018, indicando que una vez revisada la necesidad de un servicio de IV nivel con especialista en córnea dentro de sus actuales prestadores contaba con los servicios de OPTISALUD, quienes eran especialistas habilitados y acreditados en las diferentes áreas de oftalmología y podían dar un tratamiento adecuado y pertinente ante la patología que la aquejaba, advirtiendo que no contaban con convenio con las instituciones en las cuales había sido atendida previamente la paciente (carpeta 1 instancia 15 001 2205 00 2021 00502-00, carpeta 2. Contestación, archivo certificado solicitud cirugía cuarto nivel).

De acuerdo a lo señalado, no cabe duda que la entidad accionada no actuó de manera oportuna, diligente y eficaz, pues de acuerdo con lo que reposa en el informativo en efecto la ciudad Tunja – Boyacá no es el domicilio principal de la demandante, de manera que su desplazamiento a la ciudad donde fue remitida no le era fácil, por lo que la accionada debió precaver dicha situación, más aún cuando se trataba de una persona con deficiencia en su salud pronunciada, tanto que a la fecha cuenta con una PCL del 96,4%, por lo cual debió remitirla a un lugar más cercano a su domicilio como lo era la ciudad de Bogotá donde podía conseguirse un cetro médico de IV como lo necesitaba la paciente dada la complejidad de su enfermedad.

Todas estas situaciones conllevaron a que la demandante tuviera que asumir con sus propios medios los servicios médicos que necesitó de manera urgente, lo que permite dilucidar que le asiste razón al a quo en el reconocimiento del reembolso solicitado.

SUMARIO EXP. 11001220500020230030101

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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 apelada proferida por la **SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN**, de fecha 12 de mayo de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001220500020230052000
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	LUIS AUGUSTO REY REYES
DEMANDADOS	SANITAS EPS

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide La Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, dos (02) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

ANTECEDENTES

El señor **Luis Augusto Rey Reyes** acude a la presente acción a efectos de que ordene la cobertura de los procedimientos que fueron negados por la EPS SANITAS y las IPS Instituto Uromédica, y Clínica Chicamocha de Bucaramanga para los procedimientos: resección de lesión vesical vía endoscópica y fulguración endoscópica de lesión vesical, valoración y manejo por especialista en urología oncológica

Fundamentó sus pretensiones, señalando que desde el 16 de diciembre de 2022, se le diagnóstico a través de un examen de cistoscopia en IPS Uromédica de la ciudad de Bucaramanga la presencia de un tumor maligno (cáncer) a nivel de la vejiga, desde

entonces ya cerca de 4 meses que se esta a la espera de la autorización por parte de la EPS SANITAS para la realización de la cirugía llamada «RESECCIÓN DE LESIÓN VESICAL VIA ENDOSCOPICA (CÓDIGO CUPS 574201) Y FULGURACIÓN ENDOSCÓPICA DE LESIÓN VESICAL (CÓDIGO CUPS 574202)», emanada por parte del servicio de Urología de la IPS Uromédica, donde manifestaron que dicha intervención no puede ser realizada en esa institución y desde entonces se ha puesto diferentes barreras administrativas y de autorización por parte de la EPS SANITAS, Clínica Chicamocha de Bucaramanga y la IPS Uromédica.

Recalcó que, cada día se estaba deteriorando más su estado de salud, tanto así, que tuvo que acudir al servicio de urgencias en la Clínica Chicamocha de Bucaramanga el pasado 29 de marzo de 2023, por dificultad para poder orinar y realizar necesidades fisiológicas básicas, en donde los médicos de urgencias explicaron que todo se debía a la presencia del tumor cancerígeno en su vejiga que podía estar haciendo obstrucción en los intestinos y las vías urinarias.

Sostuvo que, debido a esta situación de negación por parte de la EPS SANITAS interpuso una queja ante la Superintendencia de Salud el pasado 9 de abril de 2023, con número 20232100004177222 y hasta la fecha no ha tenido respuesta positiva por parte de la entidad.

ACTUACIONES EN PRIMERA INSTANCIA

El a quo mediante providencia del 13 de abril de 2023, admitió la demanda y ordenó decretar medida cautelar para que la EPS SANITAS procediera a:

RESUELVE

PRIMERO. - ADMITIR la demanda radicada bajo el número de la referencia por reunir los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.

SEGUNDO. - **DECRETAR MEDIDA CAUTELAR** para que una vez notificado del presente auto **E.P.S. SANITAS S.A.S.**, proceda a:

- En un plazo no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, se autorice y agende los procedimientos CÓDIGO CUPS 574202, FULGURACIÓN ENDOSCÓPICA DE LESIÓN VESICAL, CÓDIGO CUPS 574201, RESECCIÓN DE LESIÓN VESICAL VÍA ENDOSCÓPICA, requeridos por el señor **LUIS AUGUSTO REY REYES**, identificado con cédula de ciudadanía No 5.558.620, ordenado por su médico tratante, doctor Juan Manuel Sandoval Ojeda, especialista en urología, tal y como se evidencia a continuación
- En un plazo no mayor a siete (7) días, se garantice la efectiva realización los procedimientos CÓDIGO CUPS 574202, FULGURACIÓN ENDOSCÓPICA DE LESIÓN VESICAL, CÓDIGO CUPS 574201, RESECCIÓN DE LESIÓN VESICAL VÍA ENDOSCÓPICA, ordenado por su médico tratante, doctor Juan Manuel Sandoval Ojeda, especialista en urología, tal y como se evidencia a continuación



Vencido el término de traslado para que la **EPS SANITAS** se hiciera parte del proceso, contestó indicando respecto de la medida cautelar que dentro del término establecido había realizado la autorización de servicios tal y como se observaba a continuación:

DETALLE	TIPO	NUMERO DE AUTORIZACIÓN	NUMERO DE EVENTO	NÚMERO DE AUTORIZACIÓN PRINCIPAL	SUCURSAL	FECHA DE EXPEDICIÓN	PRODUCTO	NOMBRE SUCURSAL PRESTADOR	ESTADO
	NORMAL	221274002			OFIC. EPS-SANITAS BUCARAMANGA	12/04/2023	EPS	CLINICA CHICAMUCHA S A	IMPRESA APROBADA
574201 - RESECCION DE LESION VESICAL VIA ENDOSCOPICA					UNICA VIA				
574202 - FULGURACION ENDOSCOPICA DE LESION VESICAL					UNICA VIA				
DESCRIPCION					INFORMACION ADICIONAL				
OBSERVACION DE TEXTO					S/A 217893388 * SE AUTORIZA SEGUN COTIZACION ENVIADA 19474 \$5 2,000,000.00				

Arguyó que, una vez tuvieron conocimiento de la demanda procedió a revisar la solicitud y advertía que el demandante contaba con la autorización para la atención médica requerida, para lo cual transcribía lo informado por Uromédica, sobre el particular, así:

En atención a la solicitud recibida, por medio de la presente, me permito informar el caso del paciente LUIS AUGUSTO REY REYES identificado CC 555862, se recibió aval por parte de la CLÍNICA CHICAMUCHA S.A el día 18 de abril de 2023 con visto bueno de cotización de la EPS para la programación de los procedimientos RESECCION ENDOSCOPICA DE LESION VESICAL + FULGURACION ENDOSCOPICA DE LESION VESICAL, el día de 19 de abril de 2023, se acerca familiar del paciente con Historia clínica particular del Urólogo Oncólogo Dr. Nicolás Villareal con fecha del 18 de Abril de 2023 (Anexa) quien dados nuevos síntomas del paciente solicita Tomografía de Abdomen y Pelvis Contrastada Prioritaria, se comenta caso con urólogo tratante Dr. Juan Manuel Sandoval, quien indica es necesario realizar esta tomografía prioritaria para definir conducta, por lo tanto, se asignó Cita de Control por Urología con la Dra. Dania Carreño el día de hoy 20 de Abril de 2023 a las 5:40pm en la institución UROMEDICA LTDA, para revisión del caso y ordenamiento de la tomografía por la EPS para que se pueda realizar de manera prioritaria.

Estamos atentos a los resultados del examen que se ordenara el día de hoy, para asignar nueva cita prioritaria y se defina conducta a seguir.

Adujo que, además de lo anterior, la institución prestadora de salud el día 21 de abril de 2023, había dicho:

En atención a la solicitud recibida, por medio del presente me permito remitir documentos adjuntos correspondientes a la historia clínica de urología y ordenes médicas generadas en atención realizada el día de 20/04/2023, quedamos atentos a resultados de laboratorios y valoración del especialista para la conducta a seguir del procedimiento ordenado.

Concluyó la accionada que, ya se había procedido con la autorización del procedimiento y asignación de la cita para la definición de la conducta por parte del médico tratante, de lo cual ya estaba enterado el afiliado, en consecuencia, no existía hecho actual e inminente que viabilizará un fallo favorable al requerimiento jurisdiccional,

	GESTIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN	CÓDIGO	JFTF23
		VERSIÓN	1
	SENTENCIA	FECHA	11/04/2023

Expediente: JU-2023-0577

CUARTO:	ADVERTIR que la presente Sentencia puede ser impugnada para que de ella conozca, en segunda instancia, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL - SALA LABORAL - CORRESPONDIENTE AL DOMICILIO DEL APELANTE ; impugnación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el parágrafo primero del artículo 6 de la Ley 1949 de 2019.
QUINTO:	NOTIFICAR la presente sentencia al DEMANDANTE a la dirección de correo electrónico: flaireyserrano@hotmail.com a la entidad DEMANDADA , a la dirección de correo electrónico: notificajudiciales@keralty.com .
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE  LUIS CARLOS GÓMEZ NÚÑEZ SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN	

Como sustento de su decisión, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud señaló que, el señor Luis Augusto Rey requería la realización de los paraclínicos «CÓDIGO CUPS 574202, FULGURACIÓN ENDOSCÓPICA DE LESIÓN VESICAL, CÓDIGO CUPS 574201, RESECCIÓN DE LESIÓN VESICAL VÍA ENDOSCÓPICA», ordenado por su médico tratante Doctor Juan Manuel Sandoval Ojeda, especialista en urología, encontrándose la correspondiente prescripción dentro de los anexos de la demanda.

Arguyó que, en cuanto a la solicitud de la EPS demandada de que se configurará la carencia de objeto por hecho superado, no se había evidenciado la realización de los procedimientos médicos mencionados, para lo cual se había comunicado con el demandante, adjuntando el siguiente registro:

	GESTIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN	CÓDIGO	JCFT21
		VERSIÓN	1
	REGISTRO DE LLAMADAS TELEFÓNICAS SALIENTES	FECHA	11/04/2023

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN

			
FECHA	HORA	P	
3/05/2023	8:50	Ju-2023	9542
DEMANDANTE		TELÉFONO	E-MAIL
LUIS AUGUSTO REY REYES		3134270129	(escriba el correo electrónico del demandante)
MOTIVO DE LA LLAMADA:			

MOTIVO DE LA LLAMADA:
<i>Verificar la efectiva realización de los procedimientos</i> CÓDIGO CUPS 574202, FULGURACIÓN ENDOSCÓPICA DE LESIÓN VESICAL, CÓDIGO CUPS 574201, RESECCIÓN DE LESIÓN VESICAL VÍA ENDOSCÓPICA.
NOMBRE DEL RECEPTOR DE LA LLAMADA:
ELISA INES SERRANO DE <u>REY</u> , esposa del señor LUIS AUGUSTO REY REYES
RESPUESTA DEL SOLICITANTE AL REQUERIMIENTO TELEFÓNICO:
<i>Informan, que a la fecha no se le realizo los procedimientos</i> CÓDIGO CUPS 574202, FULGURACIÓN ENDOSCÓPICA DE LESIÓN VESICAL, CÓDIGO CUPS 574201, RESECCIÓN DE LESIÓN VESICAL VÍA ENDOSCÓPICA, los cuales fueron ordenados por parte de esta Delegatura dentro del auto admisorio, AUTO 2023-001168 del 13 de abril de 2023.
FUNCIONARIO QUE REALIZA LA LLAMADA: FERNANDO SALAMANCA RODRÍGUEZ

Acotó que, pese haberse autorizado los paraclínicos mencionados, no podía entenderse que tales gestiones habían sido garantistas del derecho a la salud del usuario en términos de eficiencia, eficacia y oportunidad, dado que al encontrarse pendiente la realización efectiva de los mismos, tal y como se había ordenado en el auto 2023-001168 del 13 de abril de 2023, en donde se decretó la medida cautelar, por lo que mal podía tenerse configurada la carencia de objeto por hecho superado, partiendo de la base que el derecho fundamental a la salud no había sido completamente y efectivamente garantizado por parte de la entidad accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

La **EPS SANITAS** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación el cual sustento en que dentro del término establecido por el despacho para dar cumplimiento a la medida cautelar realizó la autorización de servicios, tal como se observaba a continuación:

DETALLE TIPO	NÚMERO DE AUTORIZACIÓN	NÚMERO DE EVENTO	NÚMERO DE AUTORIZACIÓN PRINCIPAL	SUCURSAL	FECHA DE EXPEDICIÓN	PRODUCTO	NOMBRE SUCURSAL PRESTADOR	ESTADO
 NORMAL	221274002			OFIC. EPS-SANITAS BUCARAMANGA	12/04/2023	EPS	CLINICA CHICAMOCHA S A	IMPRESA APROBADA
574201 - RESECCION DE LESION VESICAL VIA ENDOSCOPICA				UNICA VIA				
574202 - FULGURACION ENDOSCOPICA DE LESION VESICAL				UNICA VIA				
DESCRIPCION				INFORMACION ADICIONAL				
OBSERVACION DE TEXTO				S/A 217893388 * SE AUTORIZA SEGUN COTIZACION ENVIADA 19474 \$5 2,000,000.00				

Consideró que, con la orden impartida respecto de la autorización de la práctica del procedimiento se encontraba cumplida.

De otro lado, sostuvo que frente al agendamiento de los procedimientos en la contestación de la demanda se había informado que la institución prestadora de servicios de salud Uromédica al solicitarle el mencionado agendamiento había indicado:

En atención a la solicitud recibida, por medio de la presente, me permito informar el caso del paciente LUIS AUGUSTO REY REYES identificado CC 555862, se recibió aval por parte de la CLÍNICA CHICAMOGA S.A el día 18 de abril de 2023 con visto bueno de cotización de la EPS para la programación de los procedimientos RESECCION ENDOSCOPICA DE LESION (sic) VESICAL + FULGURACION (sic) ENDOSCOPICA DE LESION (sic) VESICAL, el día de 19 de abril de 2023, se acerca familiar del paciente con Historia clínica particular del Urólogo Oncólogo Dr. Nicolás Villareal con fecha del 18 de Abril de 2023 (Anexa) quien dados nuevos síntomas del paciente solicita Tomografía de Abdomen y Pelvis Contrastada Prioritaria, se comenta caso con urólogo tratante Dr. Juan Manuel Sandoval, quien indica es necesario realizar esta tomografía prioritaria para definir conducta, por lo tanto, se asignó Cita de Control por Urología con la Dra. Dania Carreño el día de hoy 20 de Abril de 2023 a las 5:40pm en la institución UROMEDICA LTDA, para revisión del caso y ordenamiento de la tomografía por la EPS para que se pueda realizar de manera prioritaria.

Estamos atentos a los resultados del examen que se ordenara el día de hoy, para asignar nueva cita prioritaria y se defina conducta a seguir.

Mencionó que, la institución prestadora de servicios de salud el día viernes 21 de abril de 2023, informó:

En atención a la solicitud recibida, por medio del presente me permito remitir documentos adjuntos correspondientes a la historia clínica de urología y ordenes médicas generadas en atención realizada el día de 20/04/2023, quedamos atentos a resultados de laboratorios y valoración del especialista para la conducta a seguir del procedimiento ordenado.

Acotó que, las condiciones de salud del paciente habían variado, en consecuencia por indicación de los propios médicos tratantes la conducta medica debía ser revisada de acuerdo con los resultados de la tomografía y solo así definir conducta, razón por la cual no era procedente para la EPS hacer algo diferente a lo realizado, pues a la EPS no le es dable agendar una cita en la IPS y ordenarle a los médicos la realización de un procedimiento, que como consecuencia de las condiciones de salud del mismo paciente debía ser redefinido.

Recalcó que, en el presente asunto como ya se había indicado procedió con la autorización del procedimiento y asignación de la cita para definición de la conducta por parte del médico tratante, bajo tal entendido el señor Luis Augusto Rey Reyes ya contaba con autorización para los procedimientos «RESECCION (sic) ENDOSCOPICA (sic) DE LESION (sic) VESICAL + FULGURACION (sic) ENDOSCOPICA (sic) DE LESION (sic) VESICAL», y su programación dependía del resultado de los laboratorios y valoración del especialista para la conducta a seguir del procedimiento ordenado, por lo cual solicitaba respetuosamente al Tribunal Superior de Bogotá, abstenerse de confirmar la decisión, pues no era posible para la EPS lograr el agendamiento y práctica de procedimientos médicos si los galenos según las condiciones de salud actuales del paciente no lo ordenaban.

Dijo que, en cualquier caso lo que hacía que el procedimiento no se realizará no era la falta de autorización o diligencia de la EPS, sino la misma condición de salud del paciente y la orden que emitían los médicos tratantes.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si la EPS demandada debe realizar el procedimiento CÓDIGO CUPS 574202, FULGURACIÓN ENDOSCÓPICA DE LESIÓN VESICAL, CÓDIGO CUPS 574201, RESECCIÓN DE LESIÓN VESICAL VÍA ENDOSCÓPICA, a favor del señor LUIS AUGUSTO REY REYES, identificado con cédula de ciudadanía No 5.558.620 y que fue ordenado por su médico tratante, doctor Juan Manuel Sandoval Ojeda, especialista en urología.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que según historia clínica del señor Luis Augusto Rey Reyes presenta los siguientes antecedentes patológicos: hipertensión arterial, diabetes mellitus, EPOC, poliomielitis; quirúrgicos: laparotomía secundario lesión vascular y con diagnóstico: tumor maligno de la vejiga urinaria, parte no especificada; y **ii)** que el médico tratante de la IPS Uromédica Juan Manuel Sandoval Ojeda ordenó los procedimientos médicos denominados Fulguración Endoscópica de Lesión Vesical código 574202 y Resección de Lesión Vesical vía Endoscópica código 574201 (carpeta demanda, archivo 3 historia clínica, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal a) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

Es preciso señalar que el Sistema General de Seguridad Social en salud debe garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, lo cual debe estar estructurado sobre una concepción integral de la salud, que incluye su promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

De otro lado, ha precisado la Corte Constitucional que, las personas que con sospecha o diagnóstico de cáncer merecen una protección constitucional reforzada por parte del Estado, la cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología, precisando en sentencia T- 387/2018, lo siguiente:

17. Como desarrollo del principio de igualdad material consagrado en el artículo 13^[46] constitucional, este Tribunal ha dispuesto reiteradamente que ciertas personas, debido a su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad manifiesta, son sujetos de especial protección constitucional y, por lo tanto, merecedoras de especial protección en el Estado Social de Derecho.

Dentro de esta categoría, en desarrollo de los artículos 48^[47] y 49^[48] de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha incluido a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer^[49]. Por esta razón, ha dispuesto que esta población tiene derecho a protección reforzada por parte del Estado, la cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología. En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte señaló en **Sentencia T-066 de 2012** lo siguiente:

“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)”^[50]. (Subrayado por la Corte).

[...]

Lo anterior permite inferir que la integralidad comprende no solo (i) el derecho a recibir todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, tratamientos y cualquier otro servicio necesario para el restablecimiento de la salud física, conforme lo prescriba su médico tratante, sino también (ii) la garantía de recibir los servicios de apoyo social en los componentes psicológico, familiar, laboral y social que requieran los pacientes con cáncer para el restablecimiento de su salud mental^[53].

Además, que el servicio de salud que se les brinde debe ir orientado no solo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino, también, (iii) “a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal (...) a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno”^[54].

19. La Corte Constitucional ha establecido igualmente que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta. Es decir, que los jueces de tutela que reconocen y ordenan que se brinde atención integral en salud a un paciente “se encuentran sujet[o]s a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente”^[55]. De este modo, las indicaciones y requerimientos del médico tratante deben ser las que orienten el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas. Así lo dispuso la **Sentencia T-607 de 2016** respecto de las personas que padecen cáncer:

“(..) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, contin[u]a y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”. (Subrayado por la Corte).

Por otro lado, este principio de integralidad tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios “que el médico tratante valore como necesario[s] para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente”^[56]. Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado “de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”.

En este sentido, la **Sentencia T-760 de 2008** dispuso que la integralidad en el tratamiento médico también contempla el deber de las entidades responsables de autorizar todos los servicios de salud que el médico tratante determina que el paciente requiere, “sin que le sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”^[57].

20. Por ello, debido a que el cáncer es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, la Corte ha sido clara en afirmar que **la integralidad y la oportunidad en la prestación del servicio de salud en estos casos cobra mayor relevancia y debe cumplirse de forma reforzada**. (Negrilla por la Corte)

En este sentido, ha sostenido en varias oportunidades^[58] que la demora injustificada en el suministro de medicamentos o insumos médicos a personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, “puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente”^[59].

Es decir, esta Corporación ha dejado claro que de la oportuna prestación del servicio depende la calidad de vida de los pacientes y que, por esta razón, cuando la prestación del servicio de salud no es eficaz, ágil y oportuna, se afectan sus derechos fundamentales, situación que empeora cuando se trata de personas con enfermedades ruinosas^[60].

Así mismo, la **Sentencia T-881 de 2003** recordó la jurisprudencia en torno al tema de las dilaciones y demoras en la práctica de tratamientos médicos, y señaló que “no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”^[61]. Por ello, para este Tribunal es claro que el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico es también un requisito para garantizar de forma eficaz y en condiciones de igualdad los derechos a la salud y a la vida de los pacientes^[62]. (Subrayado por la Corte)

21. A partir de lo anterior, la Corte ha concluido que el derecho a la salud también puede resultar vulnerado cuando, debido a la demora para la prestación de un servicio o el suministro de un medicamento, se produzcan condiciones que sean intolerables para una persona. Sobre el particular, la reciente **Sentencia T-062 de 2017** dispuso lo siguiente:

“(…) el derecho en cuestión puede resultar vulnerado cuando la entidad prestadora del servicio se niega a acceder a aquellas prestaciones asistenciales que, si bien no tienen la capacidad de mejorar la condición de salud de la persona, logran hacer que la misma sea más manejable y digna, buscando disminuir las consecuencias de su enfermedad”^[63].

Es decir, para que se ampare este derecho no se requiere que el paciente esté en una situación que amenace su vida de forma grave, sino que el mismo se encuentre enfrentado a condiciones indignas de existencia, como puede ser tener que soportar intensos dolores, en casos de pacientes que se encuentran en estadios avanzados de su enfermedad.

[...]

Concluyendo la alta Corporación en la sentencia citada lo siguiente:

26. Considera esta Corporación que **ante la seriedad de la problemática, es preciso que tanto los jueces constitucionales, como las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios oncológicos cataloguen la demora en la prestación de servicios de salud a este tipo de**

pacientes como un verdadero incumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, y en esta medida adopten las acciones debidas para sancionar, por la vía judicial o administrativa, el incumplimiento de las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud por falta de oportunidad. Lo anterior, debido al rápido deterioro de la salud que, debido a una espera injustificada, puede llegar a sufrir un paciente de estas características, y a los mayores costos que la falta de oportunidad le está generando al SGSSS. (Negrillas del texto original).

En sentencia T 259/2019, la Corte Constitucional recordó la definición de integralidad y diagnóstico del servicio de salud, señalando:

2. El principio de integralidad

Según el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el principio de integralidad, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con “independencia del origen de la enfermedad o condición de salud”. En concordancia, no puede “fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”. Bajo ese entendido, ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud “cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

En concordancia, la Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual se realizó el control de constitucionalidad a la Ley 1751 de 2015, determinó que el contenido del artículo 8° implica que “en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de aquellos cubiertos por el Estado, esta se decanta a favor del derecho” y cualquier incertidumbre se debe resolver en favor de quien lo solicita. **En concordancia, el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud suministrando “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”¹⁹¹. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”¹⁹¹.**

Es importante precisar que en el proyecto de la Ley Estatutaria el mencionado artículo 8° contenía un parágrafo, según el cual se definía como tecnología o servicio de salud aquello “directamente relacionado” con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Mediante la Sentencia C-313 de 2014 se estudió esta disposición, se puso de presente que en criterio de algunos intervinientes esta podría “comprometer la prestación de servicios usualmente discutidos en sede de tutela”, entre estos el “financiamiento de transporte”. Al respecto, la Corte señaló que, en efecto, implicaba una limitación indeterminada de acceso, en contradicción con los artículos 2° y 49 Superiores y, por consiguiente, la declaró inexecutable.

En concordancia, recientemente en las Sentencias T-171 de 2018 y T-010 de 2019 se precisó que el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, **sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. Así como para garantizar el acceso efectivo.**

En esa medida se ha precisado que el Sistema de Seguridad Social en Salud, según el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, se estructura bajo el concepto de integralidad, que incluye la promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Sin embargo, no se encuentran cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud aquellas tecnologías y prestaciones excluidas expresamente por el Ministerio de Salud y Protección Social, previo el procedimiento técnico-científico señalado en el mencionado artículo. Debe precisarse que las exclusiones son únicamente las determinadas por dicha cartera ministerial en las listas que emite, las cuales tienen un carácter taxativo y, en concordancia con el principio de integralidad, su interpretación y

aplicación debe ser restrictiva y, a la inversa, la interpretación y aplicación de las listas de inclusiones tienen que ser amplias^[21].

[...]

3. El diagnóstico efectivo

Según la jurisprudencia constitucional, el derecho al diagnóstico deriva del principio de integralidad y consiste en la garantía del paciente de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”^[24].

El goce del derecho a la salud depende de un diagnóstico efectivo, el cual implica una valoración oportuna respecto a las dolencias que afecta al paciente, la determinación de la patología y del procedimiento médico a seguir, el cual, una vez iniciado “no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”^[25]. En consecuencia, el diagnóstico comprende el punto base para el restablecimiento de la salud del paciente.

En lectura de lo anterior, esta Corporación ha precisado que la finalidad del diagnóstico se compone por tres elementos: (a) identificación: que exige “(e)stablecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud”; (b) valoración: que implica “(d)eterminar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”; y (c) prescripción, que implica “(i)nicar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente”^[26].

CASO EN CONCRETO

Al descender al caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que el señor Luis Augusto Rey Reyes es un sujeto de especial protección constitucional, pues se trata de una persona de 79 años de edad con diagnóstico «tumor maligno de la vejiga urinaria, parte no especificada», más otras patologías médicas complicadas como hipertensión arterial, diabetes mellitus, EPOC y poliomiелitis, por lo cual su atención médica debe ser prioritaria sin demoras injustificadas, pues de ser así afectaría gravemente su integridad, siendo deber de la entidad prestadora del servicio de salud otorgar de manera oportuna los procedimientos, tratamientos e intervenciones que ordene el médico tratante.

Aduce el recurrente que debe ser revocada la decisión de primera instancia, por cuando ya autorizó el procedimiento resección endoscópica de lesión vesical y fulguración endoscópica de lesión vesical que fue ordenada por el médico tratante; que si bien no se ha ordenado la cita para la realización, ello se debe a las nuevas patologías que ha prestado el demandante, para lo cual se requiere previamente una tomografía de abdomen y pelvis contrastada prioritaria como lo recomendó el médico urólogo Juan Manuel Sandoval adscrito a la IPS Uromédica, siendo necesario asignarle una nueva cita de control por urología con la Doctora Dania Carreño.

A fin de resolver la controversia se procedió a requerir a las partes a los correos electrónicos fliareyserrano@hotmail.com, notificajudiciales@keralty.com y atencionalusuario@uromedica.com.co, que reposan en los anexos de la demanda para que suministrarán la siguiente información:

De: Despacho 04 Sala Laboral Tribunal Superior - Bogota - Bogota D.C.
Enviado: jueves, 7 de septiembre de 2023 4:41 p. m.
Para: fliareyserrano@hotmail.com <fliareyserrano@hotmail.com>; Notificaciones Judiciales <notificajudiciales@keralty.com>; atencionalusuario@uromedica.com.co <atencionalusuario@uromedica.com.co>
Asunto: URGENTE INFORMACIÓN TRATAMIENTO MÉDICO SEÑOR LUIS AUGUSTO REY REYES PROCESO 1100122050002023005201

Buenas tardes,

A fin de poder resolver las controversias relacionadas con el proceso con radicado No. 11001220500020230052001 de Luis Augusto Rey Reyes identificado con C.C. 5.558.620 contra Sanitas EPS, se solicita se informe de manera URGENTE a este despacho, lo siguiente:

- i) Si la cita con urología programada para el día 20 de abril de 2023, con la Doctora Dania Carreño adscrita a la IPS UROMEDICA LTDA se llevó a cabo.
- ii) Si a la fecha ya se realizó el procedimiento tomografía prioritaria para definir conducta.
- iii) Si ya se realizó el procedimiento resección endoscópica de lesión vesical y fulguración endoscópica de lesión vesical; en caso de no haberse realizado informar cuáles han sido las razones.

Información que se solicita se otorgue lo más rápido posible a efectos de resolver las actuaciones pendientes en segunda instancia.

Despacho
Magistrado ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral

En respuesta al anterior correo electrónico se recibió lo siguiente:

----- Forwarded message -----
De: **Claudia Patricia Ortiz Piedrahita** <clportiz@epssanitas.com>
Date: vie, 8 sept 2023 a las 15:01
Subject: Fwd: MUY URGENTE ***REQ 135831 Fwd: URGENTE INFORMACIÓN TRATAMIENTO MÉDICO SEÑOR LUIS AUGUSTO REY REYES PROCESO 1100122050002023005201
To: Citas@clnicasanoluis.com.co <Citas@clnicasanoluis.com.co>, leidy.aza@clnicasanoluis.com.co <leidy.aza@clnicasanoluis.com.co>

Buenas tardes, cordial saludo, espero que se encuentren muy bien, solicitamos su apoyo para dar respuesta al juzgado, quien solicita información de un usuario sobre asistencia a una cita médica, solicitamos apoyo con la evidencias, gracias.

Luis Augusto Rey Reyes identificado con C.C. 5558620 contra Sanitas EPS, se solicita se informe de manera URGENTE a este despacho, lo siguiente:

- iii) Si ya se realizó el procedimiento resección endoscópica de lesión vesical y fulguración endoscópica de lesión vesical; en caso de no haberse realizado informar cuáles han sido las razones.

itlook.office.com/mail/inbox/id/AAQkADkyNjA4MTMxLTl0YmItNDdiNy1hMjVmLTQ3OTcyMWUxOTk4NgAQAE9usH00eg9JqOkNrK7ZWlw%3D 1

9:17

Correo: Despacho 04 Sala Laboral Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. - Outlook

Muchas gracias
Cordialmente,

Claudia Patricia Ortiz Piedrahita
Profesional en Salud de Servicios Médicos
Entes control
Vicepresidencia Jurídica

Re: URGENTE INFORMACIÓN TRATAMIENTO MÉDICO SEÑOR LUIS AUGUSTO REY REYES PROCESO 1100122050002023005201

Gustavo Enrique Rey Serrano <gusrey@gmail.com>

Lun 11/09/2023 10:26 AM

Para: Despacho 04 Sala Laboral Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<des04sltsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Buenas tardes

Como hijo y representante del señor Luis Augusto Rey Reyes, identificado con CC 5.552.620 me permito responder las preguntas solicitadas:

- i) Si la cita con urología programada para el día 20 de abril de 2023, con la Doctora Dania Carreño adscrita a la IPS UROMEDICA LTDA se llevó a cabo. **Rta : Si se llevo a cabo.**
- ii) Si a la fecha ya se realizó el procedimiento tomografía prioritaria para definir conducta. **Rta: Si se llevó a cabo de manera particular asumiendo el paciente los costos a razón de que la fecha asignada para el procedimiento fue asignada con una demora de cerca de 1 mes.**
- iii) Si ya se realizó el procedimiento resección endoscópica de lesión vesical y fulguración endoscópica de lesión vesical; en caso de no haberse realizado informar cuáles han sido las razones. **Rta : Si, ya se realizó.**

De igual forma queremos informar a su despacho, que una vez realizados los procedimientos médicos quirúrgicos solicitados por los médicos tratantes en meses anteriores, el Señor Luis Augusto Rey Reyes, **NO desea continuar con el proceso legal en contra de la EPS SANITAS y dar por finalizado cualquier acción legal a que diera lugar.**

Cordialmente,

GUSTAVO ENRIQUE REY SERRANO

CC 91521668

Representante Sr. Luis Augusto Rey Reyes

Parentesco : Hijo

Teléfono: 312-5316204

Email : gusrey@gmail.com

De acuerdo a la respuesta dada por el señor Gustavo Enrique Rey Serrano en calidad de hijo y representante del señor Luis Augusto Rey Reyes, se tiene que el procedimiento médico por el cual se instauró el presente proceso ya se realizó por parte de la accionada, de manera que existe una carencia actual de objeto, pues la finalidad que se perseguía ya se surtió; por consiguiente, habrá de revocarse la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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: REVOCAR la sentencia apelada proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 11 de abril de 2023, por carencia actual de objeto, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001220500020230065901
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	LUIS EDUARDO RICO MORENO
DEMANDADOS	EPS SURAMERICANA S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide La Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, once (11) de abril de dos mil veintitrés (2023).

ANTECEDENTES

El señor **Luis Eduardo Rico Moreno** acude a la presente acción a efectos de que ordene lo siguiente (archivo 1, exp. 1 instancia, exp. Digital):

- 1) Ordenar a la EPS SURA me autorice y me dé cita con especialista en órbita por tercer nivel en Bogotá con carácter prioritario, tal como lo han ordenado en cuatro ocasiones los especialistas Angie Gutierrez (sic) (RM: 85/2005) e Iván Morales (RM: 004015/93) de Clínica de Ojos, y que me realicen la Biopsia de Órbita ordenada por el doctor Carlos Alberto Calle Vásquez (RM: 19263445) dentro del perímetro urbano de la ciudad de Bogotá.
- 2) Ordenar a la EPS SURA que, si no puede o no quiere cumplir con el punto anterior, bien sea porque no cuenta con la especialidad de órbita o por simple negligencia, haga todas las gestiones administrativas requeridas y me autorice y programe la biopsia de órbita por posible tumor maligno con el doctor Carlos Alberto Calle Vásquez (RM:

19263445), junto a todos los procedimientos adicionales necesarios y me garantice la atención y continuidad necesarias. Dejo constancia que este doctor atiende con medicina prepagada de SURA, luego en esta EPS sabe de quién se trata y cómo localizarlo. No obstante, dejo aquí sus datos de contacto: Centro Oftalmológico Calle, Carrera 12 No 93 – 31, Oficina 202 - Bogotá. Correo electrónico: centrooftalmologicocalle@gmail.com. Tel: (601)6221343-(601)6221354.

3) Ordenar a la EPS SURA atención médica integral y completa por tercer nivel a mi enfermedad de manera centralizada en una sola institución, dentro de la ciudad de Bogotá, tanto para atención por especialidad de órbita, como neurología y neurocirugía (tal como lo sugiere la especialista Angie Gutierrez (sic) de Clínica de Ojos), así como cirugía vascular periférica y demás especialidades requeridas. Yo necesito centralidad en la atención médica, con unificación de criterios y tratamiento médico. Es obligación de EPS SURA darme un diagnóstico concreto y preciso a mi enfermedad, así como un tratamiento acorde, y no deshacerse de mi inventando aquello de “dolor intratable” o negándome atención médica como lo ha venido haciendo.

4) Ordenar a la EPS SURA a que me garantice atención continua en la IPS Clínica de Ojos donde está mi médico tratante, el que me operó y que ha llevado mi caso, doctor Iván Morales, y que me programen y autoricen la(s) vitrectomía(s) pendiente(s) y demás procedimientos requeridos sin interrupciones y sin necesidad de acudir a quejas a la EPS o a la Supersalud.

5) Prohibir a la EPS SURA que me remita a instituciones fuera del perímetro urbano de la ciudad de Bogotá a recibir atención médica.

6) Ordenar a la EPS SURA indemnización por daños y perjuicios, como por ejemplo los ocasionados y descritos en el numeral 114 de la sección anterior. O solicitar a quien corresponda, una pensión por invalidez, ya que la EPS SURA asegura que lo mío es un “dolor intratable”, “crónico” y de “pronóstico reservado”.

7) Solicitar a la EPS SURA que, en caso tal de que ésta no pueda o no quiera atender mi enfermedad e insista en la falacia de “dolor intratable y pronóstico reservado” me ordene y autoricen la eutanasia. Así paro con este sufrimiento y paseo de la muerte, y la EPS SURA se libera de mí como quieren. Yo en mis actuales circunstancias no puedo trabajar, tengo que vivir en un cuarto oscuro encerrado todo el día, la mayor parte del tiempo acostado con el ojo cerrado sin poder hacer nada, dependiendo física y económicamente de mi mamá de 87 años, quien, ante este escenario, también desea le practiquen la eutanasia.

Fundamentó sus pretensiones en los padecimientos médicos que ha sufrido desde el año 2019 a 2023, contenidos en 116 hechos, los cuales se pasarán a resumir así, indicándose los más relevantes:

Narró que, en el año 2019, se da cuenta que está viendo borroso por el ojo derecho como si tuviera neblina, por tal razón asiste a una cita de medicina general en la IPS Santafé Américas en la ciudad de Bogotá como cotizante del régimen contributivo en la EPS Sura, siendo remitido al servicio oftalmológico en la IPS Clínica de Ojos de Bogotá. El día 25 de enero de 2019, tuvo la primera cita en la Clínica de Ojos de Bogotá, en donde le dicen que tiene el ojo seco y una keratitis (inflamación de la córnea), formulándole dos clases de gotas lubricantes; igualmente le informaron que se le estaba formando una catarata en el ojo derecho, siendo remitido a las especialidades de córnea y retina; que el día 22 de febrero de 2019, tiene cita con el especialista en córnea Andrés Rodríguez en la Clínica de Ojos, quien le informa que todo está perfecto y que debe lavarse los párpados con un shampoo especial y tomar capsulas de omega 3, los cuales no se

encontraban cubiertos por la EPS; el día 6 de marzo de 2019, tuvo la primera cita con el especialista en retina doctor Iván Morales, quien le indicó que antes de operar la catarata debían sacar un vítreo residual, ordenándole una ecografía ocular.

Añadió que, el día 5 de abril de 2019, volvió a tener control con el especialista en córnea Andrés Rodríguez, quien se percata de la catarata y le informó que en el estado en el cual en el que se encontraba no se operaba por parte de la EPS por encontrarse en una etapa incipiente, ordenándole una cita de control para evaluar su progreso; el día 11 de abril de 2019, el Doctor Iván Morales le ordena vitrectomía; sin embargo, se negó al procedimiento por temas laborales; que durante los meses siguientes la catarata avanzó rápidamente al punto que en menos de dos meses ya no podía ver, por lo que la cirugía para remplazar la catarata se vuelve inminente, solicitándole a la IPS cambiar al médico especialista Andrés Rodríguez dada su mala disposición, siendo negada su solicitud.

Sostuvo que, el día 27 de mayo de 2019, volvió a tener cita con el Doctor Andrés Rodríguez a quien se le dijo que no podía ver; sin embargo, nuevamente le indicó que en el estado actual de la catarata no se podía operar con la EPS, ordenándole varios exámenes para evaluar la agudeza visual y lo remite a optometría, ese mismo día le preguntó al médico qué lente iba a poner el día de la cirugía, quien le contestó que el que diera la EPS, es decir, uno monofocal que sólo da visión lejana, siendo que lo que realmente requería era un lente trifocal teniendo en cuenta las labores en cuales se desempeñaba; que el día 15 de julio de 2019, nuevamente tiene cita con el Doctor Andrés Rodríguez en donde se acepta la cirugía de cataratas, insistiéndole en la necesidad de un lente trifocal, quien le propone un lente denominado «comfort», para visión intermedia; para agosto de 2019, la catarata sigue avanzando siendo inevitable realizarse la facoemulsificación para extracción y remplazo del cristalino.

Arguyó que, el 26 de agosto de 2019, se volvió a ver con el doctor Iván Morales quien le propone hacer ambas cirugías en una sola (facoemulsificación y vitrectomía), el día 12 de septiembre de 2019, se reunió con el Doctor Morales quien le manifestó que se había reunido con el doctor Andrés Rodríguez decidiendo implantar el lente «comfort» y que la cirugía la realizarían los dos, siendo aceptada la propuesta, efectuándose el procedimiento el día 9 de octubre de 2019.

Acotó que, a partir de dicho procedimiento médico quedó sin visión intermedia, ni cercana, recordando ese día como el peor de su vida, señalando: **«Mi actual infierno comienza al otro día de esa cirugía, cuando me inicia un fuerte dolor en el ojo operado, junto con mareo, náuseas y sensación de desmayo; acompañado de proliferación de cuerpos extraños en forma de arandelas u 'oes' (OOO) perfectamente redondas viajando en todo mi campo visual; síntomas que afirmo, bajo la gravedad de juramento, jamás sufrí**

hasta antes de esa cirugía, que desde ese día a la fecha no me pasan y que actualmente me tienen completamente invalido, al borde de la locura y el suicidio».

Relató que, como constancia de lo anterior, en la historia clínica se puede ver que en una cita de control que tuvo a los 10 días de la cirugía se registró «DOLOR AL LEVANTARSE Y MAREO», y luego en cita de urgencias a la que acudió a los 20 días se consignó «DOLOR EN EL OJO DERECHO Y MAREO», siendo tratado el dolor con medicamentos, pero el mismo no ha pasado completamente, persistiendo el mareo.

Añadió que, el día 22 de noviembre de 2019, tuvo cita con optometría para cuadrar las gafas que en adelante usaría donde nuevamente se dejó constancia: «**DOLOR INTERNO EN OJO DERECHO CON DOLOR HEMICRANEO DERECHO, VE CIRCULOS QUE SE MUEVEN, LE MOLESTA ESTO**». El día 25 de noviembre de 2019, tuvo la última cita con el Doctor Andrés Rodríguez a quien le manifiesta que continuaba con el dolor, pero no le prestó atención, quedando registrado en la historia clínica: «**SE DA DE ALTA POR SEGMENTO ANTERIOR. NO SE ENCUENTRA CAUSA EN SEGMENTO ANTERIOR PARA DOLOR Y MAREO**». Ya en diciembre del mismo año tiene un par de citas con el Doctor Iván Morales, quien vio la posibilidad de repetir la vitrectomía, porque la se había hecho no había cumplido con el objetivo de limpiar el ojo por dentro, ordenándole realizar dicho procedimiento por «**ECOGRAFÍA POST QUE MUESTRA FALDÓN VITREO**», pero por miedo decide aplazar; también se vio la posibilidad de cambiar el lente por uno trifocal; no obstante, se formuló unas gotas llamadas Opticam que son para la inflamación y dolor, así como una cita de control.

Mencionó que, para el 24 febrero de 2020, tiene la última cita de optometría con la Clínica de Ojos para cuadrar graduación de las gafas, le sugirieron unas progresivas con las cuales no se pudo adaptar, cita en la cual nuevamente queda registrado el dolor. Refirió que, decidió buscar un médico particular para cambiar un lente por un trifocal, quien le advirtió del riesgo de «*ruptura capsular*», por lo que no le podían garantizar el éxito de la cirugía, por lo que fue descartado; sin embargo el médico le dijo que lo óptimo hubiera sido colocar el lente trifocal desde el principio sin que hubiera teniendo algún problema, confirmándose así que la negativa del médico Andrés Rodríguez se debió a falta de voluntad y compromiso por brindarle el tratamiento.

Aludió que, el día 24 de febrero de 2020, nuevamente tiene cita con el Doctor Iván Morales para definir vitrectomía, el cual decide prolongar un tiempo más debido al dolor que tiene y los riesgos de la cirugía, indicándole al médico que para manejar el dolor siga utilizando las gotas Opticam, siguiendo con las indicaciones, notando que cuando las deja de usarlas le comienza un dolor demencial, lo cual se acentúa cuando empieza

a ver de cerca; que al pasar el tiempo el dolor se intensifica dificultando mantener el ojo abierto.

Precisó que, para el mes de marzo de 2019, la Clínica de Ojos lo llama a cancelarle la cita debido a la cuarentena generada por la pandemia Covid 19, motivo por el cual perdió contacto con el médico Iván Morales, no pudo acudir a urgencias por miedo a contagiarse y contagiar a su mamá de 87 años de edad, por lo que debió aguantarse el dolor postrado en cama, solo hasta finales de 2020, logra concretar una cita con el Doctor Iván Morales, quien le ordena examen de ecografía ocular y cita con especialista en glaucoma anotándose como diagnóstico: «DOLOR CRÓNICO EN ESTUDIO», recetándole una gotas para mantener la pupila dilatada.

Resaltó que, con la excusa del confinamiento la EPS SURA le niega tanto la cita de glaucoma como el control con el Doctor Iván Morales, no teniendo más opción que pagar una cita con un médico particular quien le dio un tratamiento similar a los que le dieron en la Clínica de Ojos cuando fue por urgencias; el día 13 de mayo de 2020, tiene una primera cita con el especialista en glaucoma de la Clínica de Ojos con el Doctor Enrique Ortiz, quien descarta dicha enfermedad, dejando consignado en la historia clínica: *«HACE SEIS MESES FACOVITRECTOMÍA OJO DERECHO. SE SIENTE MAL VISUALMENTE (...). DOLOR UN MES DESPUÉS DE LA CIRUGÍA (...). DOLOR INTENSO TIPO OPRESIVO OJO DERECHO CONSTANTE HACE UN MES Y MEDIO. SE INTENSIFICA A LO LARGO DEL DÍA, ENROJECIMIENTO Y ADEMÁS MAREO. (...) PACIENTE CON DOLOR OCULAR EN ESTUDIO RELACIONADO CON CIRUGIA (sic) DE CRISTALINO» (ver anexo 16)»*

Dijo que, el día 25 de junio de 2020, la EPS Sura le dio cita con neurología en la Clínica San Rafael de Bogotá con la Doctora Adriana Bernal, quien le receta un medicamento que no le sirvió y se ordenó remitirlo a especialista con neuroftamología, que no quiso programar la EPS, el día 27 de junio de 2020, luego de colocar una queja ante la Superintendencia de Salud, logró que le dieran una cita para examen de ecografía ocular que había sido ordenado por el Doctor Morales, arrojando como resultado: *«NERVIO ÓPTICO RETROBULBAR CON SIGNOS DE AUMENTO DE LIQUIDO (SIC) CEFALORAQUIDEO (SIC) (SIGNOS DE MURCIÉLAGO (SIC) Y DE DONA). TEST DE 30 GRADOS POSITIVO. POR LOS HALLAZGOS DE NERVIO ÓPTICO SE DEBE DESCARTAR NEURITIS ÓPTICA O SINDROME (SIC) DE HIPERTENSIÓN (SIC) ENDOCRANEANA».*

Acotó que, el 30 de junio de 2020, le mostró el anterior resultado al Doctor Iván Morales quien preocupado lo remitió a neurología por urgencias, pero no se atrevió a ir por miedo al Covid; el día 10 de julio de 2020, consiguió que le dieran cita en la Clínica San Rafael oportunidad en la cual le ordenan una resonancia magnética de órbitas, una punción lumbar y una fundoscopia de ojo, siendo remitido a urgencias, pero decide no

acudir debido al pico generado por la pandemia Covid 19, decidiendo pedir cita con la EPS para que le hicieran el procedimiento en otro lugar.

Relató que, ese mismo día le informó al médico unos nuevos síntomas «*la hinchazón del párpado y la ceja del ojo operado, hacia la zona del arco superciliar con inflamación de un vaso sanguíneo contiguo*» y «*una mancha de color púrpura en la esclera del ojo (la parte blanca)*»; que teniendo en cuenta esos nuevos síntomas alguien le dice que podría ser causa de una enfermedad llamada escleritis posterior, por lo que debía remitirse a un especialista en «*uveología*», debido a que en la Clínica de Ojos no hay esa especialidad, debe acudir a un médico particular, siendo atendido en la Fundación Oftalmológica Nacional en donde se le descarta escleritis posterior; sin embargo, nota el edema del párpado descrito por el neurólogo, así como la mancha purpura, pero no le logra dar diagnóstico, formulándole naproxeno para la mancha y le dice que se trata de una glándula lagrimal inflamada.

Enfatizo que, paralelamente siguió asistiendo con el especialista de glaucoma en el Clínica de Ojos; que para dicha época el dolor era absolutamente demencial, por lo que el médico le decía que no podía seguir así; no obstante, nunca le dio un diagnóstico, ni tratamiento; luego de luchar con la EPS logró que lo remitieran a otra entidad para realizarle la punción lumbar, siendo remitido al Instituto Latinoamericano de Neurología ILANS, pero le niegan el examen bajo el argumento que primero debía ser atendido por otro neurólogo de esa entidad, por el tema de la pandemia la cita se da de manera virtual, la cual resultó desastrosa, al final le dijeron que no había necesidad de la punción, le ordenaron un tratamiento que no le sirvió para nada. El día 11 de agosto de 2020, asistió nuevamente a cita de control en ILANS, el médico que lo atiende le descarta que tenga algo neurológico; que la anterior cita fue tan irregular que al otro día el mismo médico lo llamó para decirle que no había podido dormir pensando en su caso, citándolo de nuevo a la institución para reclamar una orden para un examen llamado «*Gamagrafía con Leucocitos Marcados*».

Indicó que, para septiembre de 2020, logró acudir a un médico particular especialista en «*oculoplastia*», quien tampoco le consigue dar un diagnóstico claro, pero le trató el dolor, confirmando que tenía «*DOLOR ORBITARIO POST FACOVITRECTOMÍA (...) Y CONGESTIÓN VENOSA ORBITO TEMPORAL DERECHA*», el 8 de septiembre de 2020, es remitido a la clínica del dolor en ILANS, oportunidad en la cual la especialista que lo atiende le inventa que su dolor es psicológico y le fórmula opiáceos, el cual evita consumir por miedo a volverse a dicto a dicha droga, el día 18 de septiembre de 2020, nuevamente acude al Doctor Iván Morales quien llega a la conclusión que tiene «*DOLOR CRÓNICO ATÍPICO CON UN GRAN COMPONENTE ACOMODATIVO POR ESPASMO CILIAR*»

y como diagnóstico «IRIDIOCICLITIS CRÓNICA». El 26 de octubre de 2020, nuevamente tiene cita en la Clínica de Ojos siendo completamente desconcertante, por lo siguiente:

- i) Le dicen que era mejor que le hubieran puesto en la cirugía el lente trifocal panoptix y que estaba contemplado cambiarlo, pero el riesgo era demasiado alto por posible «ruptura capsular».
- ii) Le dicen que van a solicitar una junta médica oftalmológica al auditor médico de la EPS con un programa universitario.
- iii) Es remitido de nuevo a neurología.
- iv) Informó un nuevo síntoma relacionado con movimiento en el ojo con cierta actividad física, quedando consignado como: «DOLOR A LA PRESIÓN EN ARCO ORBITARIO EN SECTOR DE LA TROClea». Quedando consignado en la historia clínica: «PACIENTE CONTINUA CON DILATACIÓN DE LAS VENAS EN REGIÓN SUPERCILIAR (...) DOLOR A LA PALPACIÓN EN LA TROQUELA (...) DOLOR CRÓNICO EN ESTUDIO, MULTIPLES (sic) CONCEPTOS, NADA CONCLUYENTE».

Adujo que, para tratar sus nuevos síntomas le fue ordenado inyección «subtenoniana», pero la EPS no lo aprobó, por lo que nuevamente tuvo que acudir ante la Superintendencia de Salud; que para diciembre de 2020, aún no se había aprobado el medicamento; además, recibió la mala noticia de que sería atendido ya no por la Clínica de Ojos, sino por la Clínica Miopía Doctor Rincón; que para el 27 de enero de 2021, logró que le realizarán el procedimiento de inyección en la Clínica de Ojos lo cual le ayudó mucho con el dolor, pero comenzó a percibir otro dolor en los músculos y tendones. El 8 de marzo de 2021, el médico Iván Morales le recetó una nueva inyección, junto con examen especial llamado «Ecografía Doppler de Órbita», examen que nunca le fue autorizado por la EPS.

Expresó que, para el 1 de julio de 2021, logró cita con el especialista en «oculoplastia» en la Clínica de Ojos, quien descubre: «AL PALPAR REBORDE ORBITARIO SUPERMODAL HAY LESIÓN BLANDA EN PLANO POSTSEPAL, APARENTEMENTE ALARGADA, QUE AL PALPAR SE INTRODUCE HACIA LA ÓRBITA PROFUNDA Y CAUSA DOLOR REFERIDO». Por lo anterior, le ordenó una nueva resonancia magnética y «CITA CON ESPECIALISTA EN ÓRBITA CON CARÁCTER PRIORITARIO, EN LO POSIBLE POR TERCER NIVEL CON EL DOCTOR CARLOS ALBERTO CALLE VÁSQUEZ». En cuanto a la tercera inyección subtenoniana, la EPS no quiso aprobar, teniendo que presentar nuevamente queja ante la SuperSalud y solo hasta el 4 de noviembre de 2021, fue ordenada para realizarse en enero de 2023.

Detalló que, respecto a la cita con el especialista en Órbita, la EPS se lo negó, indicándole que debía ir primero a cita de oftalmología general en Clínica de Miopía,

siendo un retroceso, ya que el lugar donde es remitido es de primer nivel y la orden dada remite a un especialista de tercer nivel, paralelamente sigue asistiendo a neurología y clínica del dolor en ILANS; posteriormente, la EPS se inventa un diagnóstico «dolor crónico intratable», por lo que el 8 de julio de 2021, le hacen una supuesta junta médica en ILANS, en donde no pudo explicar su historia clínica, solo le dijeron que no había contestado el interrogatorio y que requería *«contención y regulación emocional»*, *«siendo ordenado estudio neurofisiológico: reflejo del nervio trigeminal (sic) para evaluar conductividad y amplitud del nervio sensitivo»*, el cual no fue autorizado.

Anotó que, para enero de 2022, logró que el Doctor Iván Morales le aplicará la tercera dosis de inyección, y le ordenó cita con especialista en oculoplastia, cita con especialista de orbita extra institucional, ecografía y cita de control en 15 días, los cuales fueron negados por la EPS y vuelven a remitirlo a la Clínica de Miopía, por lo cual se negó dado que ellos no conocían su historial clínico, además por la siguiente razón: *«tengo dos órdenes médicas de dos oftalmólogos de Clínica de Ojos -IPS adscrita y con convenio vigente con EPS SURA- para cita de especialista de órbita y oculoplastia, no con oftalmología general»*.

Sostuvo que, el 2 de agosto de 2022, acudió con el Doctor Carlos Alberto Calle médico particular, quien lo diagnóstico: *«RESECCIÓN DE TUMOR MALIGNO DE ORBITA DERECHA; PLASTIA DE ÓRBITA CON RECONSTRUCCIÓN DE FONDOS DE SACO CON INJERTOS DERECHA y ORBITOTOMÍA DERECHA. Diagnóstico: TUMOR DE ORBITA DERECHA»*; para ese mismo mes logró conseguir por parte de la EPS control de oculoplastia con la Doctora Angie Gutiérrez y control con el Doctor Iván Morales, pero se siguió negado la cita con especialista en órbita; en control con la Doctora Angie Gutiérrez lo vuelven a remitir a *«CIRUGÍA DE ORBITA POR TERCER NIVEL CON CARÁCTER PRIORITARIO»*, procedimiento negado por la EPS, además de informarle que le quitarían definitivamente la atención en la Clínica de Ojos, siendo remitido a una cita de oftalmología general en el Municipio de Chía – Cundinamarca.

Adujo que, ante varias quejas y reclamos ante la EPS para ser atendido en la ciudad de Bogotá y en la Clínica de Ojos, para el 17 de noviembre de 2022, logró acudir nuevamente ante el médico Morales, quien le ordenó una vitrectomía, el 26 de enero de 2023, el Doctor Morales le revalida la orden para vitrectomía y le manifiesta que su caso ya no le compete; conforme a ello sigue insistiendo ante la Superintendencia de Salud para que la EPS lo siga atendiendo en la Clínica de Ojos, le diera una cita con cirugía y lo más importante: *«para que me autoricen y me asigne la cita con especialista de órbita por tercer nivel en Bogotá, o en su defecto, para que haga las gestiones administrativas necesarias para que me autoricen la biopsia de órbita por posible tumor maligno con el doctor Carlos Alberto Calle Vásquez»*.

Finalmente, indicó que el 2 de marzo de 2023, una funcionaria de Sura se comunicó con él para remitirlo a la Clínica los Nogales de Bogotá, asegurándole que allí lo iba atender una especialista en órbita; no obstante, la funcionaria le mandó una autorización para la especialidad de cirugía plástica ocular, frente a lo cual procedió a comunicarse con la clínica en donde le respondieron que no tenían especialidad en órbita y que no tenía convenio con SURA, por curiosidad preguntó cuáles eran los especialistas que atendían en «oculoplastia», dando la casualidad de que uno de ellos era la Doctora Angie Gutiérrez.

ACTUACIONES EN PRIMERA INSTANCIA

El a quo mediante auto JU-2023-0603 del 19 de abril de 2023, admitió la demanda y ordenó requerir a la accionada para que informará los procedimientos médicos pendientes por realizar conforme historia clínica del actor, igualmente requirió al actor para que allegará copia de la historia clínica actualizada con registro de las últimas atenciones realizadas, órdenes médicas y plan de manejo con indicación de las tecnologías en salud «**Neurología y Neurocirugía**» y «**cirugía vascular periférica**».

En el término de traslado la **EPS SURAMERICANA S.A.** contestó (archivo contestación J-2023-0603, carpeta 7 contestación demanda, carpeta 1 instancia, exp. Digital), señalando que el demandante se encontraba afiliado en calidad de cotizante desde el 1 de junio de 2017, en cuanto a lo requerido por el a quo, respondió:

- i) *Informe a este Despacho si la EPS SURAMERICANA S.A., ha recibido por parte del señor RICO MORENO solicitud de eutanasia, y en caso afirmativo, indique las gestiones administrativas adelantadas para tal fin.*

Sostuvo que, a la fecha no ha recibido solicitud de eutanasia por parte del señor Luis Eduardo Rico Moreno.

- ii) *Informe a este Despacho cual es el protocolo establecido por la EPS SURAMERICANA SA, en los casos de solicitud de eutanasia, como la presentada por el señor LUIS EDUARDO RICO MORENO.*

Arguyó que, cada una de las etapas del protocolo se podían observar en el documento denominado «PROCESO DE ATENCIÓN Y TRAMITE (sic) DE SOLICITUD DE MUERTE DIGNA», adjunto en los anexos.

Por último, como medio de defensa señaló «inexistencia de violación de derechos por EPS SURA», haciendo mención al derecho fundamental de petición del señor Castro Castiblanco.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023), decidió:

PRIMERO:	ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones formuladas por el señor LUIS EDUARDO RICO MORENO , identificado con cédula de ciudadanía No 79.840.926, en los términos expuestos en la presente decisión.
SEGUNDO:	ORDENAR que una vez notificado de la sentencia EPS SURAMERICANA S.A. , proceda a: • En el término de cinco (5) días, calendario presente y comunique el listado de las instituciones prestadoras de salud que se encuentran adscritas a su red y que se encuentren en la capacidad de prestar los servicios de salud ordenados al señor LUIS EDUARDO RICO MORENO en la ciudad de Bogotá. • Así mismo es preciso indicar que bajo el principio de accesibilidad a los servicios médicos requeridos por la menor, le corresponderá a la EPS asumir los costos de transporte, cuando el servicio médico requerido implique el desplazamiento a un prestador de un municipio distinto de residencia del señor LUIS EDUARDO RICO MORENO. • En un término no mayor a siete (7) días, garantice: ✚ La “Valoración por especialista en órbita (CUPS 890376)” ordenada el 26 de enero de 2023. ✚ Valoración por especialista en retina (CUPS 890376)” ordenada el 26 de enero de 2023. ✚ Valoración por especialista en cirugía plástica ocular (CUPS 890376)”, ordenada el día 3 de marzo de 2023.

✚ Autorización y agendamiento del procedimiento Vitrectomía vía posterior con inserción de silicón o gases (147401), ordenada el 26 de enero de 2023.



Clínica de Ojos

CLINICA DE OJOS(CLINOJOS) S.A.
860053761

[ROrdIntr]
Fecha: 29/08/22
Hora: 13:24:07
Página: 1

INTERCONSULTA AMBULATORIO

FECHA ORD. MEDICA: 29/08/2022 12:59:02

Paciente: CC 79840926
Empresa: SURA POS EVENTO
Pabellon:

LUIS EDUARDO RICO MORENO

Edad: 46 AÑOS
Cama:

DIAGNOSTICOS ACTUALES

Código	Descripción	Clase
H058	OTROS TRASTORNOS DE LA ORBITA (H058)	PRINCIPAL

SOLICITUD DE INTERCONSULTA

Código	Descripción	Prioridad
2	890276 CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA	Convencional

OBSERV.
SE SOLICITA:
1- REMISION PRIORITARIA A CIRUGIA DE ORBITA Y OCULOPLASTICA TERCER NIVEL, NO ES POSIBLE OFRECERLE MANEJO EN 2DO NIVEL PUES SU CASO REQUIERE TERCER NIVEL

Profesional

ANNIE MARIBETH GUTIERREZ CORR
Reg. Med. 85/2005
OFTALMOLOGIA



Clínica de Ojos

CLINICA DE OJOS(CLINOJOS) S.A.
860053761

[ROrdIntr]
Fecha: 26/01/23
Hora: 14:33:44
Página: 1

INTERCONSULTA AMBULATORIO

FECHA ORD. MEDICA: 26/01/2023 14:16:42

Paciente: CC 79840926
Empresa: SURA POS EVENTO
Pabellon:

LUIS EDUARDO RICO MORENO

Edad: 46 AÑOS
Cama:

DIAGNOSTICOS ACTUALES

Código	Descripción	Clase

SOLICITUD DE INTERCONSULTA

Código	Descripción	Prioridad
8	890376 CONTROL POR SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA	Convencional

OBSERV. RETINA

Profesional

EDGAR IVAN MORALES VILLAREAL
Reg. Med. 004015/03
OFTALMOLOGIA

Como sustento de su decisión, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud señaló que en cuanto que las pretensiones que no fueron debidamente soportadas a través de órdenes médicas e historia clínica fueron las de «Neurología y Neurocirugía», «cirugía vascular periférica», «Biopsia de orbita ordenada en consulta particular» y «solicitud de eutanasia», requerimiento que no había sido atendido por parte del actor.

Adujo que, las pretensiones que habían sido soportadas y pendientes por realizar por parte de la EPS correspondían a las de: «Valoración por especialista en órbita (CUPS 890376)», “Valoración por especialistas en retina y cirugía plástica ocular”, “Vitreotomía vía posterior con inserción de silicón o gases (147401)», frente a lo cual consideró que, en la contestación de la demanda la accionada había manifestado que se encontraba adelantando las gestiones para atender las atenciones en salud requeridas por la parte actora, evidenciado una falta de gestión oportuna frente a los distintos requerimientos

presentados por el actor, debido a que habían sido ordenados como plan de manejo por el médico tratante desde el mes de agosto de 2022 y enero de 2023, siendo deber de la demandada garantizar el plan de manejo de forma completa debido a que no se podía limitar su actuar en direccionar las ordenes médicas, sino en el acompañamiento que requería el afiliado para la prestación del servicio fuera realizado con calidad hasta su culminación.

Estableció que, una vez iniciada la atención en salud debía garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no fuera suspendido antes de la recuperación o estabilización del paciente, observando inconsistencia frente al lugar de prestación del servicio y/o cubrimiento de los gastos de transporte, manutención y alojamiento, motivo por el cual era deber de Suramericana EPS, presentar y comunicar de forma oportuna y eficaz el listado de prestadores que se encontraran adscrito a su red y ubicados en la ciudad de Bogotá para la atención que requería el paciente; que en caso de no poder atender el requerimiento tendría que informar la posibilidad de la prestación del servicio de transporte atendiendo la ubicación y desplazamiento del afiliado en su lugar de residencia.

RECURSO DE APELACIÓN

El **demandante** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación en donde nuevamente hizo referencia a los padecimientos que sufrió por la mala atención que recibió por parte de la EPS demandada desde el momento en que tuvo una intervención quirúrgica en su ojo derecho, escrito bastante extenso, por lo que se pasa a resumir, haciendo énfasis en los aspectos más importante relacionados con los procedimientos o tratamiento médicos que no fueron ordenados por la demandada:

Refirió que, se encuentra muy enfermo, que es una persona sola que no cuenta con ayuda de nadie, salvo el de su mamá de 87 años de edad, quien por su edad no esta en condiciones de ayudarle y no tiene los recursos para pagar un abogado, porque desde hace 4 años no puede trabajar por una cirugía en el ojo derecho que le realizaron en la clínica de ojos de la ciudad de Bogotá.

Sostuvo que, en la sentencia proferida se omitió la mayoría de los hechos narrados en su escrito, sugiriéndose en la decisión que el motivó que lo llevó a interponer la demanda comenzó desde el martes 2 de agosto de 2022, cuando en realidad todo inició desde el año 2019, fecha en la cual la EPS Sura lo remitió a la Clínica de Ojos, porque estaba viendo borroso en el lado derecho, consignando:

[...] que todo lo sucedido y lo que he tenido que padecer a raíz de dicha cirugía lo explico y lo sustento en mi escrito de demanda, enumerado en estricto orden cronológico del 1 al 116, pero que la Superintendencia de Salud retoma en el numeral 91, a mi juicio de manera amañada y conveniente para la EPS SURA y en contra de mis intereses como enfermo, al que se le están vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a una vida digna, por lo que solicito que se tenga en cuenta todo lo escrito desde el punto 1 al 116 y no solo desde el punto 91 como hizo la superintendente delegada.

Arguyó que, era muy importante tener en cuenta el hecho del 1 de julio de 2021, cuando fue atendido en la Clínica de Ojos por la Doctora Angie Gutiérrez especialista en cirugía plástica ocular, quien anotó: **«AL PALPAR REBORDE ORBITARIO SUPERMODAL HAY LESIÓN BLANDA EN PLANO POSTSEPAL, APARENTEMENTE ALARGADA, QUE AL PALPAR SE INTRODUCE HACIA LA ÓRBITA PROFUNDA Y CAUSA DOLOR REFERIDO», por lo anterior, me ordena “CITA CON ESPECIALISTA EN ÓRBITA CON CARÁCTER PRIORITARIO, POR TERCER NIVEL, EN LO POSIBLE CON EL DOCTOR CARLOS ALBERTO CALLE»**, lo cual mostraba la sospecha arbitraria de la Superintendencia de Salud Delegada, quien había retomado su escrito de demanda solo hasta el numeral 91, sugiriendo que había acudido al médico por «capricho» y no porque Sura llevaba 2 años negándole cita de tercer nivel.

Recalcó que, con la especialista el día 29 de agosto de 2022, le volvió a solicitar **«REMISIÓN PRIORITARIA (sic) A CIRUGÍA DE ORBITA (sic) Y OCULOPLASTIA POR TERCER NIVEL CON CARÁCTER PRIORITARIO” y añade que “NO ES POSIBLE OFRECERLE MANEJO EN SEGUNDO NIVEL PUES SU CASO REQUIERE TERCER NIVEL»**; que hasta el momento la EPS SURA no le ha cumplido con su obligación de programarle dicha cita por tercer nivel de complejidad con el especialista de órbita, por lo que decidió acudir donde el Doctor Carlos Alberto Calle quien le ordenó: **«RESECCIÓN DE TUMOR MALIGNO DE ORBITA (sic) DERECHA; PLASTIA DE ÓRBITA CON RECONSTRUCCIÓN DE FONDOS DE SACO CON INJERTOS DERECHA y ORBITOTOMÍA DERECHA”, y como diagnóstico anota: “TUMOR DE ORBITA (sic) DERECHA»**.

Conforme al anterior diagnóstico dijo:

Así las cosas, pongo el foco en lo anterior y advierto que, si éste (sic) diagnóstico no es delicado, y el correspondiente procedimiento no es prioritario, entonces no sé qué lo pueda ser. En este sentido, la estrategia canalla de la EPS SURA es decir que como ese médico no tiene convenio con esa EPS, entonces éste (sic) concepto no vale, luego el procedimiento requerido no es necesario. Con esto la EPS SURA está claramente violando mi derecho a la salud, a tener una vida digna, a tener un trabajo y poniendo en riesgo mi vida; lo demás es querer justificar la falta de atención de esa EPS y ser cómplice de un actuar antiético e ilegal.

Mencionó que, una de sus peticiones fundamentales es que la EPS no le ha programado cita de especialista de órbita por tercer nivel con carácter prioritario y le realice la biopsia, solicitándole que el procedimiento se lo haga el Doctor Carlos Alberto

Calle; no obstante, el Superintendente delegado para negar lo solicitado señaló que no se adjunto «historia clínica o patología», haciendo entender el *a quo* que fue al médico particular por «capricho», pero nunca se menciona que fue porque Sura no le autorizó la cita requerida; que la orden médica fue adjuntada a la demanda probándose así su dicho.

Advirtió que, en el requerimiento que le hizo la Superintendencia no le solicitó copia de la historia clínica de la atención con el Doctor Calle Vásquez; no obstante, tiene en su poder esa historia clínica, la cual no adjunto inicialmente porque estaba en manuscrito y era difícil de entender, pero que el *a quo* debió tenerse en cuenta la orden médica y el diagnóstico del médico escritos en letra imprenta de computador como se adjuntó en la demanda.

De otro lado, señaló:

En décimo tercer lugar es importante recordar y subrayar el hecho de que la EPS SURA en todos estos años ha buscado la manera de evadir la orden médica de la doctora Angie Gutiérrez con “especialista de órbita por tercer nivel con carácter prioritario” mediante trampas y artimañas, negándome la mencionada cita. Primero degradándome y mandándome a una entidad de primer nivel como Clínica Doctor Rincón donde no cuentan con dicha especialidad y con la intención de ponerme una trampa para que cuando acepte ir allí, me dejen de atender en Clínica de Ojos. Luego mandándome a fuera de Bogotá a oftalmología general –no a órbita-, cuando yo estoy afiliado en Bogotá y me es imposible e inaceptable ir hasta allá, tal como lo explico y pruebo en los numerales 99 a 102, y luego remitiéndome a una institución de tercer nivel llamada Clínica Nogales en Bogotá, a cita de oculoplastia, institución que ni siquiera tiene convenio con EPS SURA y tampoco cuentan con especialista en órbita.

Acotó que, la EPS lo remitió fuera de la ciudad de Bogotá, situación sobre la cual la Superintendencia no se pronunció de fondo en la sentencia, pero se refirió sobre el tema de costos de transporte; señalando textualmente:

[...] Yo lo único que reitero es que no puedo, y además me niego, a salir de Bogotá a recibir atención médica por los motivos que esgrimidos en los numerales 98 al 102. Además de esto, porque el riesgo de una posible complicación y urgencia se aumenta exponencialmente si tuviera que ser atendido fuera de Bogotá. Y porque es inverosímil que siendo Bogotá la ciudad con la mayor oferta de clínicas, hospitales, especialistas, y en general, servicios médicos de toda Colombia, la EPS SURA no pueda ofrecerme la atención que requiero dentro de la ciudad. Así las cosas, yo no estoy pidiendo que me cubran los gastos de transporte para recibir atención fuera de Bogotá, yo estoy exigiendo que me atiendan dentro de la ciudad de Bogotá.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si la EPS SURAMERICANA S.A. debe prestar los servicios médicos, especialista en órbita tercer nivel y biopsia de órbita, y si tales tratamientos deben realizarse en la ciudad de Bogotá.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo

dispuesto por el literal a) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

Es preciso señalar que el Sistema General de Seguridad Social en salud debe garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, lo cual debe estar estructurado sobre una concepción integral de la salud, que incluye su promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

De otro lado, ha precisado la Corte Constitucional que, las personas que con sospecha o diagnóstico de cáncer merecen una protección constitucional reforzada por parte del Estado, la cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología, precisando en sentencia T- 387/2018, lo siguiente:

17. Como desarrollo del principio de igualdad material consagrado en el artículo 13^[46] constitucional, este Tribunal ha dispuesto reiteradamente que ciertas personas, debido a su estado de mayor vulnerabilidad y debilidad manifiesta, son sujetos de especial protección constitucional y, por lo tanto, merecedoras de especial protección en el Estado Social de Derecho.

*Dentro de esta categoría, en desarrollo de los artículos 48^[47] y 49^[48] de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha incluido a las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer^[49]. Por esta razón, ha dispuesto que esta población tiene derecho a protección reforzada por parte del Estado, la cual se traduce en el deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología. En particular, sobre el alcance de esta protección, la Corte señaló en **Sentencia T-066 de 2012** lo siguiente:*

“Esta Corporación ha sido reiterativa en su deber de proteger aquellas personas que sufren de cáncer, razón por la cual ha ordenado a las entidades prestadoras del servicio de salud autorizar todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que requiere el tutelante para el tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS (...)”^[50]. (Subrayado por la Corte).

[...]

Lo anterior permite inferir que la integralidad comprende no solo (i) el derecho a recibir todos los medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico, tratamientos y cualquier otro servicio necesario para el restablecimiento de la salud física, conforme lo prescriba su médico tratante, sino también (ii) la garantía de recibir los servicios de apoyo social en los componentes psicológico, familiar, laboral y social que requieran los pacientes con cáncer para el restablecimiento de su salud mental^[53].

Además, que el servicio de salud que se les brinde debe ir orientado no solo a superar las afecciones que perturben las condiciones físicas o mentales de la persona, sino, también, (iii) “a sobrellevar la enfermedad manteniendo la integridad personal (...) a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que su entorno sea tolerable y digno”^[54].

19. La Corte Constitucional ha establecido igualmente que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta. Es decir, que los jueces de tutela que reconocen y ordenan que se brinde atención integral en salud a un paciente “se encuentran sujet[o]s a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente”^[55]. De este modo, las indicaciones y requerimientos del médico tratante deben ser las que orienten el alcance de la protección constitucional del derecho a la salud de las personas. Así lo dispuso la **Sentencia T-607 de 2016** respecto de las personas que padecen cáncer:

“(..) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, contin[u]a y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”. (Subrayado por la Corte).

Por otro lado, este principio de integralidad tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio y evitar al paciente interponer una acción de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por el médico tratante. Por ello, en desarrollo del mismo, el juez de tutela tiene la facultad de ordenar que se garantice el acceso a todos los servicios “que el médico tratante valore como necesario[s] para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente”^[56]. Esta continuidad se materializa en que el tratamiento integral debe ser brindado “de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”.

En este sentido, la **Sentencia T-760 de 2008** dispuso que la integralidad en el tratamiento médico también contempla el deber de las entidades responsables de autorizar todos los servicios de salud que el médico tratante determina que el paciente requiere, “sin que le sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”^[57].

20. Por ello, debido a que el cáncer es una enfermedad que por su gravedad y complejidad requiere un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, la Corte ha sido clara en afirmar que **la integralidad y la oportunidad en la prestación del servicio de salud en estos casos cobra mayor relevancia y debe cumplirse de forma reforzada**. (Negrilla por la Corte)

En este sentido, ha sostenido en varias oportunidades^[58] que la demora injustificada en el suministro de medicamentos o insumos médicos a personas con sospecha o diagnóstico de cáncer, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, “puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente”^[59].

Es decir, esta Corporación ha dejado claro que de la oportuna prestación del servicio depende la calidad de vida de los pacientes y que, por esta razón, cuando la prestación del servicio de salud no es eficaz, ágil y oportuna, se afectan sus derechos fundamentales, situación que empeora cuando se trata de personas con enfermedades ruinosas^[60].

Así mismo, la **Sentencia T-881 de 2003** recordó la jurisprudencia en torno al tema de las dilaciones y demoras en la práctica de tratamientos médicos, y señaló que “no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”^[61]. Por ello, para este Tribunal es claro que el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico es también un requisito para garantizar de forma eficaz y en condiciones de igualdad los derechos a la salud y a la vida de los pacientes^[62]. (Subrayado por la Corte)

21. A partir de lo anterior, la Corte ha concluido que el derecho a la salud también puede resultar vulnerado cuando, debido a la demora para la prestación de un servicio o el suministro de un medicamento, se produzcan condiciones que sean intolerables para una persona. Sobre el particular, la reciente **Sentencia T-062 de 2017** dispuso lo siguiente:

“(...) el derecho en cuestión puede resultar vulnerado cuando la entidad prestadora del servicio se niega a acceder a aquellas prestaciones asistenciales que, si bien no tienen la capacidad de mejorar la condición de salud de la persona, logran hacer que la misma sea más manejable y digna, buscando disminuir las consecuencias de su enfermedad”¹⁶³.

Es decir, para que se ampare este derecho no se requiere que el paciente esté en una situación que amenace su vida de forma grave, sino que el mismo se encuentre enfrentado a condiciones indignas de existencia, como puede ser tener que soportar intensos dolores, en casos de pacientes que se encuentran en estadios avanzados de su enfermedad.

[...]

Concluyendo la alta Corporación en la sentencia citada, lo siguiente:

26. Considera esta Corporación que **ante la seriedad de la problemática, es preciso que tanto los jueces constitucionales, como las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicios oncológicos cataloguen la demora en la prestación de servicios de salud a este tipo de pacientes como un verdadero incumplimiento de sus obligaciones legales y constitucionales, y en esta medida adopten las acciones debidas para sancionar, por la vía judicial o administrativa, el incumplimiento de las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud por falta de oportunidad.** Lo anterior, debido al rápido deterioro de la salud que, debido a una espera injustificada, puede llegar a sufrir un paciente de estas características, y a los mayores costos que la falta de oportunidad le está generando al SGSSS. (Negritas del texto original).

En sentencia T 259/2019, la Corte Constitucional recordó la definición de integralidad y diagnóstico del servicio de salud, señalando:

2. El principio de integralidad

Según el artículo 8º de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el principio de integralidad, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con “independencia del origen de la enfermedad o condición de salud”. En concordancia, no puede “fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”. Bajo ese entendido, ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud “cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

En concordancia, la Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual se realizó el control de constitucionalidad a la Ley 1751 de 2015, determinó que el contenido del artículo 8º implica que “en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de aquellos cubiertos por el Estado, esta se decanta a favor del derecho” y cualquier incertidumbre se debe resolver en favor de quien lo solicita. **En concordancia, el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud suministrando “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”¹⁹¹. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”¹²⁰.**

Es importante precisar que en el proyecto de la Ley Estatutaria el mencionado artículo 8º contenía un párrafo, según el cual se definía como tecnología o servicio de salud aquello

“directamente relacionado” con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Mediante la Sentencia C-313 de 2014 se estudió esta disposición, se puso de presente que en criterio de algunos intervinientes esta podría “comprometer la prestación de servicios usualmente discutidos en sede de tutela”, entre estos el “financiamiento de transporte”. Al respecto, la Corte señaló que, en efecto, implicaba una limitación indeterminada de acceso, en contradicción con los artículos 2º y 49 Superiores y, por consiguiente, la declaró inexecutable.

En concordancia, recientemente en las Sentencias T-171 de 2018 y T-010 de 2019 se precisó que el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, **sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. Así como para garantizar el acceso efectivo.**

En esa medida se ha precisado que el Sistema de Seguridad Social en Salud, según el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, se estructura bajo el concepto de integralidad, que incluye la promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Sin embargo, no se encuentran cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud aquellas tecnologías y prestaciones excluidas expresamente por el Ministerio de Salud y Protección Social, previo el procedimiento técnico-científico señalado en el mencionado artículo. Debe precisarse que las exclusiones son únicamente las determinadas por dicha cartera ministerial en las listas que emite, las cuales tienen un carácter taxativo y, en concordancia con el principio de integralidad, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva y, a la inversa, la interpretación y aplicación de las listas de inclusiones tienen que ser amplias^[21].

[...]

3. El diagnóstico efectivo

Según la jurisprudencia constitucional, el derecho al diagnóstico deriva del principio de integralidad y consiste en la garantía del paciente de “exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”^[24].

El goce del derecho a la salud depende de un diagnóstico efectivo, el cual implica una valoración oportuna respecto a las dolencias que afecta al paciente, la determinación de la patología y del procedimiento médico a seguir, el cual, una vez iniciado “no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas”^[25]. En consecuencia, el diagnóstico comprende el punto base para el restablecimiento de la salud del paciente.

En lectura de lo anterior, esta Corporación ha precisado que la finalidad del diagnóstico se compone por tres elementos: (a) identificación: que exige “(e)stablecer con precisión la patología que padece el paciente; lo cual, revela a profundidad su importancia, en la medida en que se erige como verdadero presupuesto de una adecuada prestación del servicio de salud”; (b) valoración: que implica “(d)eterminar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al “más alto nivel posible de salud”; y (c) prescripción, que implica “(i)nciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente”^[26].

Descendiendo al caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que el actor tanto en la demandada como en el recurso interpuesto ha manifestado su inconformidad con la EPS accionada, aduciendo que desde el año 2019, fue atendido en la Clínica de Ojos de la ciudad de Bogotá por parte de los Doctores Iván Morales y Andrés Rodríguez quienes consideraron la necesidad de realizarle los siguientes procedimientos médicos debido a los padecimientos presentado para entonces: extracción extracapsular asistida

de cristalino, inserción de lente intraocular en cámara posterior sobre restos capsulares, reparación asistida de lesión retinal vía interna y vitrectomía vía posterior con retinopexia, tal como se puede ver de su historia clínica (archivo 3, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

A partir de tal intervención relató el accionante que los dolores han sido muy fuertes e intensos lo cual lo ha llevado a tener que acudir a varios especialistas tanto de la EPS como particulares a fin de poder tener un diagnóstico claro de la enfermedad; que varios de los exámenes y especialistas requeridos no han sido autorizados por la convocada a juicio; asimismo relato que dicha entidad no le quiere volver a prestar los servicios médicos en la Clínica de Ojos que es el lugar donde ha venido siendo atendido durante estos últimos 4 años y que fue trasladado a una institución ubicada en el Municipio de Chía – Cundinamarca de donde se niega asistir.

A fin de dirimir la controversia se procedió a revisar el material probatorio obrante dentro del expediente, en donde se encontró orden médica particular expedida por el Doctor Alberto Calle Vásquez especializado en oftalmología oncológica, quien en efecto como lo advirtió el recurrente hace un diagnóstico médico de tumor maligno de órbita derecha, sugiriendo las siguientes intervenciones (f° 22 a 25, archivo 4 ANEXO, carpeta 1 instancia, exp. Digital):


C. Alberto Calle Vásquez - Oftalmólogo oncólogo - Oculo - orbitario. R. M. 19263445
Carrera 12 No. 93-31 Oficina 202 centrooftalmologicocalle@gmail.com - Bogotá
6221343-6221354
Oftalmología-Oncológica

Luis Eduardo Rico Moreno

Documentos: 79840926

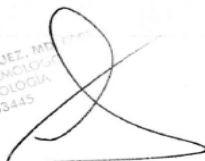
02/08/2022

Se solicita autorización para:

'169201 RESECCION DE TUMOR MALIGNO DE ORBITA DERECHA
'168301 PLASTIA DE ORBITA CON RECONSTRUCCION DE FONDOS DE SACO CON INJERTOS DERECHA
'160100 ORBITOTOMIA DERECHA

Diagnóstico: Tumor de órbita derecha

02/08/2022


ALBERTO CALLE VÁSQUEZ, M.D.
CIRUJANO - OFTALMÓLOGO
ORBITA Y ONCOLOGÍA
R.M. 19263445

C. Alberto Calle Vásquez - Oftalmólogo oncólogo - Oculo - orbitario. R. M. 19263445

En cuanto a la vinculatoriedad del concepto emitido por un médico tratante no adscrito por la EPS, la Corte Constitucional en sentencia **T 508-2019**, señaló como parámetros los siguientes:

20. La Corte Constitucional ha señalado que, en principio, la opinión del médico tratante adscrito a la EPS constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere un individuo, en tanto esta es la “(...) persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente”^[119], aun cuando este no se encuentre adscrito a la entidad promotora de salud^[120]. No obstante, esta Corporación también ha señalado que ese criterio no es exclusivo, pues en ciertos eventos lo prescrito por un galeno particular puede llegar a ser vinculante para las entidades prestadoras del servicio de salud^[121].

21. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que “(...) para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un **principio de razón suficiente** para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado”^[122]. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de puntualizar cuáles son los parámetros optativos que determinan la vinculatoriedad de las órdenes proferidas por un profesional de la salud que no hace parte de la entidad a la que se encuentra afiliado el usuario. Veamos^[123]:

(i) La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.

(ii) Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.

(iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS.

(iv) La EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como “tratantes”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

De ese modo, cuando se configura alguna de esas hipótesis el concepto médico externo vincula a la entidad promotora de salud y la obliga a “(...) confirmarlo, descartarlo o modificarlo con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto”^[124]. Tal resultado también puede darse como resultado (sic) del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS^[125].

22. Bajo esa perspectiva, este Tribunal ha concluido que una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando niega el acceso a un servicio o a un procedimiento médico tan solo bajo el argumento de que fue prescrito por un profesional de la salud que no integra su red de servicios, y a pesar de que:

“(i) Existe un concepto de un médico particular; || (ii) Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud; || (iii) La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas. Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo”^[126]. (Negrilla fuera del texto original).

Al verificarse la contestación de la demanda, se tiene que la EPS SURA no hizo ninguna manifestación frente a todos los hechos que fueron narrados por el actor, tan solo se limitó a mencionar cuáles eran los parámetros para la solicitud de eutanasia ante dicha institución e indicó que no se encontraba vulnerando derecho de petición del señor Castro Castiblanco, persona que no hace parte del presente proceso; ante dicho silencio referente al concepto médico particular entiende esta Corporación que es conocido y aceptado por la EPS, además de no haber descartado dicho diagnóstico con base en información científica.

Bajo tales postulados, resulta procedente ordenar a la accionada que remita al señor Luis Eduardo Rico Moreno ante un especialista en oftalmología oncológica adscrito a la EPS para que continúe con los procedimientos médicos sugeridos por el médico particular.

Por otro lado, refiere el apelante que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta la orden médica expedida por la Doctora Angie Gutiérrez de la Clínica de Ojos, en donde solicitó fuera remitido a un especialista de tercer nivel para cirugía de órbita, revisado de nuevo el material probatorio, se encontró la orden referida así (f° 26 y 27, archivo 4 ANEXOS, carpeta 1 instancia, exp. Digital):

ANÁLISIS
PACIENTE CON DOLOR ORBITARIO CRONICO, QUE HA RECIBIDO MULTIPLES TRATAMIENTOS Y CON PARCIAL MEJORIA CON INFILTRACIONES, PACIENTE QUIEN PERSISTE CON SINTOMATOLOGIA INESPECIFICA, SE CONSIDERA DEBE CONTINUAR MANEJO POR ESPECIALISTA DE ORBITA
PACIENTE ES ENFATICO EN REFERIR LOCALIZACION Y CARACTERISTICAS DEL DOLOR, PUEDE ESTAR EN RELACION A AFECTACION MUSCULAR ORBITARIA VS INFLAMATORIA VS LESION VASCULAR POR LO CUAL SE HABIA SOLICIATDO VALORACION POR ORBITA, SE CONSIDERA EL CUADRO CLINICO DEL PACIENTE POR SU COMPLEJIDAD DEBE SER MANEJADO EN TERCER NIVEL Y POSIBLEMENTE DE MANERA INTERDISCIPLINARIA CON NEUROCOX LO CUAL NO ES POSIBLE OFRECERLO EN SEGUNDO NIVEL
AL EXAMEN FISICO NO SE PALPA LESION EN ESTE MOMENTO
SE EXPLICA CUADRO CLINICO ACTUAL E IMPLICACIONES DE LA PATOLOGIA QUE PRESENTA, ASI COMO OPCION DE MANEJO SE REPITE RMN DE ORBITAS Y SE SOLICITA VALORACION ESPECIFICA POR ESPECIALISTA EN ORBITA!!! DEBE SER VALORADO ES POR ORBITA, NO POR OCULOPLASTICA
PACIENTE ENTIENDE Y ACEPTA Y DESEA REALIZAR EL MANEJO PROPUESTO
PLAN Y MANEJO
SE SOLICITA:

1- VALORACION POR NEUROLOGIA POR NEURALGIA ORBITARIA DERECHA INESPECIFICA

2.- REMISION PRIORITARIA A CIRUGIA DE ORBITA TERCER NIVEL, NO ES POSIBLE OFRECERLE MANEJO EN 2DO NIVEL PUES SU CASO REQUIERE TERCER NIVEL
Evolución realizada por: ANNIE MARIBETH GUTIERREZ CORREA-Fecha: 29/08/22 13:00:57

DIAGNÓSTICO H058 OTROS TRASTORNOS DE LA ORBITA (H058) Tipo PRINCIPAL
INTERCONSULTAS
INTERCONSULTA POR890276 CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTA Fecha de Orden: 29/08/2022 Ordenada
7.J.O *HOSVITAL* Usuario: ANNIEG



Clinica de Ojos

CLINICA DE OJOS(CLINOJOS) S.A.
860053761

INTERCONSULTA AMBULATORIO

FECHA ORD. MEDICA: 29/08/2022 12:59:02

Paciente: CC 79840926 LUIS EDUARDO RICO MORENO Edad: 46 AÑOS
Empresa: SURA POS EVENTO
Pabellon: Cama:

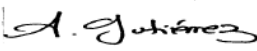
DIAGNOSTICOS ACTUALES

Código	Descripción	Clase
H058	OTROS TRASTORNOS DE LA ORBITA (H058)	PRINCIPAL

SOLICITUD DE INTERCONSULTA

Código	Descripción	Prioridad
2	890276 CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA	Convencional
OBSERV.	SE SOLICITA; 1- REMISION PRIORITARIA A CIRUGIA DE ORBITA Y OCULOPLASTICA TERCER NIVEL, NO ES POSIBLE OFRECERLE MANEJO EN 2DO NIVEL PUES SU CASO REQUIERE TERCER NIVEL	

Profesional



ANNIE MARIBETH GUTIERREZ CORR
Reg. Med. 85/2005
OFTALMOLOGIA

[RordIntr]

Fecha: 29/08/22
Hora: 13:24:07
Página: 1

Como bien se puede ver del anterior pantallazo, dicha orden fue otorgada desde el 29 de agosto del año 2022, sin que la llamada a juicio hubiese demostrado que ya se autorizó tal servicio, notándose del análisis descrito por la médica tratante que el servicio médico requerido resultaba prioritario dada las dolencias que presentaba el paciente; por consiguiente, le asiste razón al actor en cuanto a que la EPS tiene la obligación de otorgar el procedimiento ordenado por la médica tratante adscrita a dicha institución.

Finalmente, se conmina a la EPS a que los servicios médicos que requiera el señor Luis Eduardo Rico Moreno sean prestados en la ciudad de Bogotá, pues como bien lo manifestó y se corrobora con los anexos del informativo, su lugar de residencia es la ciudad de Bogotá, en donde existen variedad o gama de médicos especializados y entidades de tercer nivel, quienes pueden tratar su enfermedad, puesto que el desplazamiento del paciente a un lugar lejano podría agravar su estado de salud e incluso poner en riesgo incluso su vida.

Debe aclararse que, no necesariamente el servicio médico debe ser atendido por la Clínica de Ojos; si bien ha sido el lugar donde ha sido atendido desde el año 2019, lo cierto es que de acuerdo a la historia clínica, allí se desprende del comunicado enviado por la EPS al señor Luis Rico el 15 de septiembre de 2022 (f° 28 y 29, archivo 4 ANEXO, carpeta 1 instancia, exp. Digital), que dicha institución ya hizo todo lo que tenía a su alcance para tratar la enfermedad, sin poderse lograr con el objetivo, de lo cual se deduce que fue el motivo por el cual fue remitido a una institución de tercer nivel a fin de poder establecer las causas de sus dolencias, de manera que es obligación de la EPS buscar una institución con dichas características para poder continuar con lo que requiere el paciente.

En ese sentido, se revocará parcialmente los ordinales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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: REVOCAR PARCIALMENTE los ordinales segundo y tercero de la sentencia apelada proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 11 de abril de 2023; en consecuencia, se **ORDENA** a la EPS SURAMERICANA S.A. a suministrarle a favor del

señor Luis Eduardo Rico Moreno, los siguientes procedimientos médicos, los cuales deberá ser realizados en la ciudad de Bogotá:

- i) En el término de cinco (5) días agendar cita médica con especialista en oftalmología oncológica a fin de que se continúe con los procedimientos médicos ordenados por el Doctor Alberto Calle Vásquez de fecha 2 de agosto de 2022, tal como se indica en la siguiente imagen:



- ii) En el término de cinco (5) días agendar cita médica con especialista en Órbita en una institución de tercer nivel, a fin de que se lleve a cabo el procedimiento médico ordenado por la Doctora Angie Gutiérrez de fecha 29 de agosto de 2022, de acuerdo a la siguiente imagen:

CLINICA DE OJOS(CLINOJOS) S.A.

860053761

INTERCONSULTA AMBULATORIO

FECHA ORD. MEDICA: 29/08/2022 12:59:02

Paciente: CC 79840926 LUIS EDUARDO RICO MORENO Edad: 46 AÑOS

Empresa: SURA POS EVENTO

Pabellon: Cama:

[ROrdIntr]

Fecha: 29/08/22

Hora: 13:24:07

Página: 1

DIAGNOSTICOS ACTUALES		
Código	Descripción	Clase
H058	OTROS TRASTORNOS DE LA ORBITA (H058)	PRINCIPAL

SOLICITUD DE INTERCONSULTA		
Código	Descripción	Prioridad
2	890276 CONSULTA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA	Convencional
OBSERV.	SE SOLICITA: 1- REMISION PRIORITARIA A CIRUGIA DE ORBITA Y OCULOPLASTICA TERCER NIVEL, NO ES POSIBLE OFRECERLE MANEJO EN 2DO NIVEL PUES SU CASO REQUIERE TERCER NIVEL	

Profesional

ANNIE MARIBETH GUTIERREZ CORR
Reg. Med. 85/2005
OFTALMOLOGIA

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001220500020230076400
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL SUMARIO
DEMANDANTE	AURA DURÁN FRANCO
DEMANDADOS	COMPENSAR EPS
VINCULADO	HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER (HUS)

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide La Sala el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

ANTECEDENTES

La señora **Aura Durán Franco** acude por medio de apoderado judicial, a la presente acción a efectos de que ordene a Compensar EPS el reconocimiento económico de la suma \$7.704.800, correspondientes a los gastos en que incurrió por concepto de atención de urgencias e intervención quirúrgica.

Fundamentó sus pretensiones, señalando que el 3 de julio de 2017, ingresó por urgencias a la E.S.E Hospital Universitario de Santander – HUS en la ciudad de

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400

Bucaramanga tras haber sufrido un accidente; que para dicho momento se encontraba afiliada a COMPENSAR EPS como consta en el certificado del Plan de Beneficios en Salud (PBS); que el 5 de julio de dos mil diecisiete 2017, se le practicó de urgencia reemplazo completo de cadera.

Recalcó que, para la fecha de ingreso por urgencias el Hospital Universitario de Santander – HUS no contaba con el Kit de osteosíntesis para efectuar la cirugía mencionada, por lo cual tuvo que ubicar dichos elementos; que el 3 de julio de 2017, se generó la solicitud del material a Inversiones y Suministros Integrales Ltda. proveedor habitual de la IPS HUS y para ello se depositó a favor de dicho proveedor la suma de \$7.000.000, el día 4 de julio de 2017, en la cuenta bancaria No. 05569998775.

Sostuvo que, para el día 10 de julio de 2017, se conoció de la existencia de un saldo pendiente por pagar a Inversum Ltda, por lo cual tuvo que depositar la suma de \$704.800; que dada su condición física para el momento de los hechos no pudo adelantar personalmente los trámites, sino que se hicieron a través de sus familiares desde la consignación inicial de \$7.000.000; que se generó en la ciudad de Popayán hasta la segunda consignación que se hizo desde la ciudad de Bucaramanga por el valor de \$704.800.

Agregó que, estuvo incapacitada por más de 60 días desde el 10 de julio de 2017, momento en que estuvo permanentemente en terapia, sin poderse movilizar dependiendo de terceros para adelantar cualquier tipo de gestión; que el día 23 de agosto de 2017, radicó derecho de petición con el radicado 1-2-0773823082017 ante Compensar EPS, con el fin de que se otorgará el reembolso de los dineros en mención, petición que fue resuelta el 5 de septiembre de 2017, y remitida vía correo electrónico desde la cuenta reembolsos@aseguramientosalud.com el día 11 de septiembre de 2017, negándose el reembolso solicitado debido a que existían autorizaciones correctamente generadas bajo el número 172207534306438 para consulta de urgencias, de fecha 3 de julio de 2017 y con el número 172549619377880, para el tratamiento quirúrgico y hospitalización en donde se incluía el material de Osteosíntesis a través de la IPS, por lo tanto, se indicó que la solicitud de reembolso se debía adelantar ante la IPS HUS.

Acotó que, el 5 de enero de 2018, radicó una nueva solicitud de reembolso en la cual se le puso de presente a la EPS Compensar que la IPS HUS había rechazado el pago del reembolso, en la medida en que no se había incluido, ni facturado el material osteosíntesis a la EPS Compensar, el cual aducían haber aprobado mediante autorización No. 172549619377880; que en atención a ello la IPS había facilitado copia de la factura de venta HUSE553955, en la que se detallaba cada uno de los elementos

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400

facturados y/o servicios prestados por parte de la IPS durante su hospitalización e intervención quirúrgica.

Adicionalmente, el profesional de facturación del Hospital Universitario de Santander certificó que: *«[...] el material de osteosíntesis no fue facturado a la empresa responsable del pago (COMPENSAR EPS), como se evidencia en la referenciada factura No. HUSE553955. El mencionado material de Osteosíntesis [...] no se encontraba disponible en la institución y este fue suministrado por la paciente».*

Añadió que, Compensar EPS se comunicó vía telefónica y requirió material probatorio adicional para continuar con el trámite de la solicitud; que el día 13 de febrero de 2018, allegó ante la accionada mediante serial 1-2-0 291813022018 una copia auténtica de la factura No. 5866 de Inversum Ltda y las consignaciones efectuadas en el banco Davivienda, con las que se canceló el valor del material de osteosíntesis; que el día 28 de febrero de 2018, vía electrónica dieron respuesta a la última solicitud, y reiteraron nuevamente la existencia de dos autorizaciones ya mencionadas e insistieron en que el trámite de reembolso debía adelantarse ante la IPS HUS.

En consecuencia, solicitó ante la Superintendencia de Salud en PQRD-18-0160319 el 10 de abril de 2018, que: *«[...] de manera inmediata y de forma prioritaria audite este tema y proceda con las correcciones a las que haya lugar en cumplimiento de la normatividad vigente Resolución 5261 de 9 de agosto de 1994 010 de 2013 de la S.N.S».*

Afirmó que, la EPS Compensar dio respuesta a la Superintendencia de Salud el 6 de febrero de 2020, es decir, casi 22 meses después y, solo se conoció de la misma por consulta virtual efectuada al sistema de la Supersalud el 11 de febrero 2020; que para 26 de junio de 2020, en la página web de la Superintendencia de Salud en la sección seguimiento de peticiones, quejas, reclamos y denuncias, la mentada PQRD aún se encontraba en estado **«RESPUESTA POR LA ENTIDAD»**.

Refirió que, entidad demandada dio respuesta el 6 de febrero de 2020, en la cual sostuvo que el reembolso del kit de osteosíntesis debía ser generado a su favor, pero por parte de la IPS HUS; asimismo se había generado acciones de seguimiento el 22 de abril de 2020, pero después de 2 meses aún la Superintendencia de Salud no había dado trámite al mismo.

Por último, mencionó que la demandada en ningún momento había facilitado prueba en la que demostrará en que se hubiera adquirido, pagado o facilitado por

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400

intermedio de la IPS HUS determinado material de osteosíntesis, tampoco había suministrado fecha y hora de la mentada autorización.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

A través de proveído del 29 de septiembre de 2022, la Supersalud tuvo por no contestada la demandada por parte de **COMPENSAR EPS**.

En auto del 14 de enero de 2021, el *a quo* ordenó requerir al **HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER** a efecto de que le informará lo siguiente:

- ✓ Si el ingreso de la señora Aura Durán Franco, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.804.346, a dicha ESE el día 3 de julio de 2017 fue por el servicio de urgencias.
- ✓ Si el procedimiento de reemplazo articular de cadera practicado a la señora Aura Durán Franco, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.804.346, correspondió a una atención de urgencias o a un procedimiento programado.
- ✓ Si requirió a COMPENSAR EPS, para el suministro del material de osteosíntesis requerido para el procedimiento reemplazo total de cadera.
- ✓ Allegue copia completa y legible de la historia clínica de la señora Aura Durán Franco, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.804.346.

En cumplimiento de dicho requerimiento, la entidad contestó:

- 1) "Si el ingreso de la señora Aura Duran Franco, identificada con cedula de ciudadanía No. 37.804.346, a dicha E.S.E el día 3 de julio de 2017 fue por el servicio de urgencias"

Respuesta: revisada la base de datos electrónica, se evidencia que efectivamente la paciente en mención si ingreso el día mencionado por el servicio de urgencias, según reportes de triage y e AIU

- 2) Si el procedimiento de reemplazo articular de cadera practicado a la señora Aura Duran Franco, identificada con cedula de ciudadanía No. 37.804.346, correspondió a una atención de urgencias o a un procedimiento programado.

Respuesta: el procedimiento realizado a la señora Aura Duran Franco, corresponde a un procedimiento categorizado como urgencia.

- 3) Si requirió a COMPESNAR EPS, para el suministro del material de osteosíntesis requerido para el procedimiento reemplazo total de cadera.

Respuesta: según registros en la historia clínica en folio 14, se requirió material de osteosíntesis.....(SIC) " pendiente autorización de prótesis no cementada ".

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La

- 4) Allegue copia completa y legible de la historia clínica de la señora Aura Duran Franco, identificada con cedula de ciudadanía No. 37.804.346

Se aporta como anexos del presente escrito la historia clínica solicitada junto con la epicrisis de la paciente.

Así las cosas, me permito dar respuesta al requerimiento dentro del termino otorgado por el Despacho.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022), decidió:

RESUELVE

PRIMERO-	ACCEDER a la pretensión formulada por el doctor JAIME EDUARDO LEÓN DURAN, en calidad de apoderado especial de la señora AURA DURAN FRANCO, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.804.346, en contra de la EPS COMPENSAR, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
SEGUNDO-	ORDENAR a la EPS COMPENSAR reconocer y pagar a la señora AURA DURAN FRANCO, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.804.346, la suma de siete millones setecientos cuatro mil ochocientos pesos (\$7.704.800), en el término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia.
TERCERO-	APELACIÓN. La presente sentencia puede ser apelada para que de ella conozca, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Laboral – del domicilio del apelante; apelación que deberá interponerse ante este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019 que modificó el artículo 41 de la ley 1122 de 2007.
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE	

Como sustento de su decisión, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud tuvo en cuenta los diferentes medios de prueba allegados al proceso, así como la validación de los documentos médicos que realizó la doctora Alejandra Rojas Rojas, integrante del grupo de apoyo especializado de la entidad, quien hizo el siguiente estudio:

La señora Aura Durán Franco el 3 de julio de 2017, cuando tenía 66 años, ingresó como paciente afiliada a Compensar EPS al servicio de Urgencias de la ESE Hospital Universitario de Santander (HUS) por que sufrió caída desde su propia altura que le produjo trauma en hombro y cadera derecha, presentando dolor y limitación funcional; le tomaron radiografías que evidenciaron: Fractura desplazada de tuberosidad mayor del húmero derecho y Fractura subcapital del fémur derecho; fue valorada por Ortopedia quien indicó tratamiento médico para la fractura del húmero y tratamiento quirúrgico para la fractura del fémur por lo que el ortopedista tratante diligenció la orden de Solicitud de Dispositivos médicos y medicamentos No. 981971 solicitando la prótesis de cadera no cementada y otro material de osteosíntesis y el 5 de julio de 2017 le realizaron un Reemplazo total de cadera derecho (Hojas 36-39, 58 del archivo "RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURA DURAN FRANCO-37804346-EPS-COMPENSAR_comprimido1.pdf" del NURC 1-2020-340744).

Durante la hospitalización la señora Aura Durán Franco fue manejada por Ortopedia y Medicina Interna debido a que presentó disnea, se descartó Neumonía por lo que establecieron que la disnea era secundaria a una Neumopatía crónica por extabaquismo; por la mejoría de la paciente fue dada de alta el 10 de julio de 2017 con orden de control por consulta externa de Ortopedia en 15 días con radiografía de pelvis comparativa de control tomada 4 días antes de la consulta, control por consulta externa prioritaria de Medicina Interna y Terapia física diaria durante 30 días con reentrenamiento de marcha utilizando caminador (Hojas 36 - 38, 40 - 41, 44 - 48 del archivo "RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURA DURAN FRANCO-37804346-EPS-COMPENSAR_comprimido1.pdf" del NURC 1-2020-340744).

A la demanda adjuntaron la factura de la ESE Hospital Universitario de Santander (HUS) en la que una vez revisada se observa no estaba incluida ni la prótesis no cementada, ni ningún otro material de osteosíntesis (Hojas 51 - 55 del archivo "RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURA DURAN FRANCO-37804346-EPS-COMPENSAR_comprimido1.pdf" del NURC 1-2020-340744).

En la demanda relatan que en el HUS no tenían la prótesis no cementada ni ningún otro material de osteosíntesis solicitado por el ortopedista tratante por lo que los familiares de la señora Aura Durán Franco lo compraron, lo cual fue certificado por el departamento de facturación del HUS; es de anotar que los familiares compraron la prótesis no cementada y el resto del material de osteosíntesis al proveedor habitual del HUS, Inversum, al que le pagaron \$7.704.800 que corresponde al valor que solicitan le sea reconocido (Hojas 56-57 del archivo "RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURA DURAN FRANCO-37804346-EPS-COMPENSAR_comprimido1.pdf" del NURC 1-2020-340744).

El 23 de agosto de 2017 radicarón ante Compensar EPS un derecho de petición solicitando el reembolso por los \$7.704.800 (Hojas 21 - 22 del archivo "RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURA DURAN FRANCO-37804346-EPS-COMPENSAR_comprimido1.pdf" del NURC 1-2020-340744).

Compensar EPS negó el reembolso mediante comunicación adiada el 5 de septiembre de 2017 debido a que ellos autorizaron el procedimiento quirúrgico en el cual estaba incluido el material de osteosíntesis; el 5 de enero de 2018 la señora Aura Durán Franco radicó ante

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400

Compensar EPS reiterando la solicitud de reembolso debido a que Compensar EPS no le pagó al HUS el material de osteosíntesis ya que ni fue facturado por la ESE y el 13 de febrero de 2018 adjuntó las facturas que cancelaron sus familiares a Inversum (Hojas 23 – 28, 31 del archivo “RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURA DURAN FRANCO-37804346-EPS-COMPENSAR_comprimido1.pdf” del NURC 1-2020-340744).

Compensar EPS el 28 de febrero envió mediante correo electrónico reiterando la respuesta negativa a la solicitud del reembolso por la misma razón e indicándole que si se requería algún ajuste en la autorización era necesario que del HUS se comunicaran con Autorizaciones de Compensar EPS y le concluyeron que se debía acercar a la Oficina de Facturación del HUS para que se procediera con dicho reembolso (Hojas 32 - 34 del archivo “RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURA DURAN FRANCO-37804346-EPS-COMPENSAR_comprimido1.pdf” del NURC 1-2020-340744).

Por lo anterior, el hijo de la señora Aura Durán Franco, el señor Jaime Eduardo León, el 10 de abril de 2018 interpuso un reclamo ante esta Superintendencia en contra de Compensar EPS mediante la cual solicitaba que se requiriera a Compensar EPS que de forma inmediata y prioritaria auditará el asunto y procediera a las correcciones que hubiere lugar (Hojas 62 - 64 del archivo “RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURA DURAN FRANCO-37804346-EPS-COMPENSAR_comprimido1.pdf” del NURC 1-2020-340744).

La Dirección de Atención al Usuario trasladó el reclamo a Compensar EPS (Hoja 66 del archivo “RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURA DURAN FRANCO-37804346-EPS-COMPENSAR_comprimido1.pdf” del NURC 1-2020-340744).

El 2 de octubre de 2019 y el 14 de febrero de 2020 el señor Jaime Eduardo León reiteró el reclamo ante la Dirección de Atención al Usuario que nuevamente trasladó el reclamo a Compensar EPS (Hojas 74 - 86 del archivo “RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURA DURAN FRANCO-37804346-EPS-COMPENSAR_comprimido1.pdf” del NURC 1-2020-340744).

Respecto a la cobertura de la prótesis de cadera y del resto de material de osteosíntesis solicitado por el Ortopedista tratante se concluye que al estar incluido el procedimiento de Reemplazo de cadera en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC vigente para la fecha de los hechos estaban incluidos todos los dispositivos e insumos requeridos para la realización efectiva del Reemplazo de cadera, por lo tanto Compensar EPS debía garantizar la cobertura y el uso efectivo de la prótesis de cadera y demás material de osteosíntesis ordenado por el Ortopedista tratante para la realización del Reemplazo.

La ESE Hospital Universitario de Santander (HUS) respondió a esta Delegada enviando copia de la historia clínica, también informó que la señora Aura Durán Franco ingresó por el servicio de Urgencias, que el procedimiento quirúrgico de Reemplazo total de cadera que se le realizó a la paciente fue una urgencia, que requirieron autorización del material de Osteosíntesis pero que la autorización de la prótesis no cementada estaba pendiente (NURC 202182300074802, Archivo “2000 SAM-021-2021.pdf” del NURC 202182300124772).

El señor Jaime Eduardo León respondió a esta Delegada reiterando los hechos relatados en la demanda (NURC 202182300074922).

Compensar EPS respondió a esta Delegada que no era procedente el reconocimiento del reembolso porque ellos expidieron la autorización para la entrega y prestación de los servicios requeridos y que los documentos aportados por los representantes de la usuaria evidenciaban que se acudió a una farmacia particular y en tal condición le fueron prestados los servicios de salud por Inversum, por ende, no existe, ni hay evidencia de una negación o negligencia injustificada por parte de esa EPS.

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400

Compensar EPS en su respuesta a esta Delegada no tuvo en cuenta que el departamento de facturación del HUS certificó que el 5 de julio no tenían disponible la prótesis de cadera, ni el material de osteosíntesis solicitado por el ortopedista tratante; ni que dichos insumos y dispositivos fueron aportados por los familiares de la paciente quienes allegaron la respectiva factura de compra; ni que en la facturación del HUS ante Compensar EPS no se facturó, ni la prótesis de cadera, ni el material de osteosíntesis; Compensar EPS tampoco tuvo en cuenta que, tanto la prótesis como el resto de material de osteosíntesis era indispensable y necesario para el tratamiento quirúrgico de la Fractura subcapital del fémur derecho, de no haberse comprado esos dispositivos e insumos el procedimiento quirúrgico no se hubiera podido realizar con la prontitud que se requería ya que por ser el tratamiento de una fractura se constituía en una Urgencia, como lo confirmó el HUS en su respuesta a esa Delegada.

De otra parte, Compensar EPS no tuvo en cuenta que la señora Aura Durán Franco al ser una paciente adulta mayor debía gozar de especial protección constitucional y atención preferente, más aún cuando presentaba Fractura de cadera, la cual debía ser tratada quirúrgicamente lo más pronto posible.

Si bien es cierto, Compensar EPS expidió autorización para la atención de la a señora Aura Durán en el HUS, en ese momento, el Hospital no tenía disponibilidad de la prótesis de cadera ni del resto de material de osteosíntesis requerido por el Ortopedista tratante, por lo que a los familiares de la señora Aura Durán Franco les tocó asumir la compra de dichos insumos y dispositivos.

En este caso se debe tener presente que el hecho de expedir una autorización no exime a la aseguradora de la responsabilidad de garantizar que lo que se autorice sea efectivamente realizado y en el caso de insumos y dispositivos fuera efectivamente entregado a través de su Red de restadores, lo cual no sucedió en este caso con la prótesis no cementada y el resto de material de osteosíntesis. El no garantizar el suministro de todos los insumos y dispositivos requeridos por el Ortopedista tratante para la realización efectiva del Reemplazo de cadera derecha demuestra que Compensar EPS no garantizó oportunidad, ni integralidad en la atención en salud requerida por la señora Aura Durán Franco; se hace énfasis que es a la EPS a la cual estaba afiliado la paciente, no al prestador, por ende, la EPS es la que tiene la obligación de garantizar calidad, oportunidad, integralidad, continuidad, eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios de salud a través de su red de prestadores y no a los prestadores; ya que es la EPS la que asume el riesgo transferido por el usuario al momento de la afiliación.

Por todo lo anterior se observa claramente que hubo fallas en la oportunidad e integralidad, en el suministro de la prótesis no cementada y el resto de material de osteosíntesis que de no haberse suplido por parte de los familiares de la paciente hubiera causado una dilación en la reducción abierta de la fractura, afectando de esta manera la oportunidad, continuidad y la integralidad del tratamiento quirúrgico requerido por la señora Aura Durán Franco."

Frente a lo anterior, el fallador de primera instancia consideró que si bien era cierto que la EPS había autorizado el procedimiento de reemplazo total de cadera, era también su obligación suministrar el material osteosíntesis requerido, ya que todo ello constituía la prestación integral del servicio, más cuando se trataba de una urgencia que presentaba la usuaria Aura Durán Franco, pues los inconvenientes que habían podido surgir en los trámites administrativos entre la IPS y Compensar EPS no debían ser trasladados al usuario o sus familiares, siendo la EPS a quien le correspondía cumplir con su obligación de aseguramiento en salud y representación del afiliado ante el prestador, además de que se trataba de una paciente adulto mayor con especial protección constitucional.

Agregó que, respecto de los servicios de urgencias, se precisaba que conforme a los derechos y garantías que preveía el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, a los afiliados del sistema General de Seguridad Social en Salud se les debe asegurar la atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud y de urgencias en todo el territorio nacional.

En ese orden de ideas, y en atención a la valoración de la documental médica que obraba en el plenario se lograba evidenciar que la EPS Compensar no había garantizado la efectiva prestación del servicio de salud que requería la demandante, en tanto no había suministrado el material de osteosíntesis requerido para la práctica de la cirugía de remplazo total de cadera, sin tener en cuenta la prescripción del médico tratante y la necesidad de realizar el procedimiento de manera prioritaria a fin de mitigar el riesgo de la salud de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

COMPENSAR EPS interpuso recurso de apelación argumentando:

- i) Que no existió la negación del servicio. Por el contrario, el demandante siempre tuvo a su disposición la red de IPS para acceder al sistema de salud.
- ii) Que no existió la negación del servicio. Por el contrario, mi representada efectuó distintas valoraciones a la demandante, tal como lo afirma la misma en su libelo de demanda. ii) (sic) Que no se acredita prueba de solicitud de los servicios adicionales a COMPENSAR E.P.S., y que mi representada se haya negado a suministrar.
- iii) Que por el contrario, en el mes de agosto de 2017 mi representada autorizó atención inicial urgencia para la IPS HOSPITAL UNIVERSITARIO SANTANDER. Corolario, a continuación de dilucida autorización emitida.

SSE28T00061121JAN27		2101		INQ		52915118		S9382/4		3	
AUTORIZACION DE SERVICIO DE SALUD											
Cod. EPS		Aut. 172207534306438		TSol		S		0			
Usuario 37804346		1		AURA DURAN FRANCO		TR		Ed		66	
Servicio 890701		COB.100% C.EXT. 013 ATENCION INICIAL URGENCIA		Vig:		20170907		Mens:			
MONICA PEDRAZA H06+48*DX: Q656 CADERA INESTABLE											
Prestador 900006037		HOSP UNIVERSITA		Costo		Rec.					
Punto URGHUSANTIA		Socio				Fax Ips/Usr		N			
Resp. 1003567480		20170808		830		Area 22		Sed 1030		Pro TP -	
Fec Oport		F DesUsu		F SolRem		F SolUsu		Estr. 2		Est 8	
---AGREGADOS---											
Servicio		Prest.		0		Cant		0		Pr TP %Cob 0	
Dx		Recobro		0		Via		0		Msg 0 Eve. 0 Vr. 0	
Resp										Med Alt	
---MENSAJES---											
1		0		EVENTO 03/07/2017//DAJJ						S	
2		0		20170808 08+30 FUN MONICA PEDRAZA SS HX EN PISO CON DX Q656						N	
3		0		CADERA INESTABLE, EVENTO 03/07/2017 A 10/07/2017 PTE COT,MIV2						N	
Agregados.											
---MENSAJES---											
4		0		ACT POS COD VALIDO PARA FACT AL EGRESO DEL PTE REPORTAR POR EL						N	
5		0		ANEXO3//DAJJ						N	
0											

- iv) Que en validación en el sistema de información se evidencia autorización172549619377880, en donde se evidencia material de osteosíntesis autorizado.

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400

v) Que mi representada generó la autorización 173325946533666 para el procedimiento de reemplazo articular para la IPS HOSPITAL UNIVERSITARIO SANTANDER:

SSE28T00062821JAN272101INQSSP52915118S9382/4

AUTORIZACION DE SERVICIO DE SALUD

Cod. EPS8Aut. 172549619377880

Usuario378043461AURA DURAN FRANCO

Servicio793501COB.100% C.EXT. 013 OST RED. ABIERTA FX FEMU

Prestador900006037HOSP UNIVERSITA

PuntoHOSHUSANTA

Resp.1033710914201709111029Area31Sed1000ProTP-Estr.2Est3

Fec OportF DesUsuF SolRem20170830F SolUsu20170830

AGREGADOS

ServicioPrest.0Cant0PrTP%Cob0C.Ext0

DxRecobro0Via0Msg0Eve.0Vr.0Med Alt

Resp

MENSAJES

10EV 20170703 20170710

SSE28T00076521JAN272101INQ52915118S9382/4

AUTORIZACION DE SERVICIO DE SALUD

Cod. EPS8Aut. 173325946533666

Usuario378043461AURA DURAN FRANCO

Servicio815101COB.100% C.EXT. 152 OST REEMPLAZO PROTESICO T

Prestador900006037HOSP UNIVERSITA

PuntoASHESEHUSA

Resp.80121181201711281449Area31Sed1000ProTP-Estr.2Est8

Fec OportF DesUsuF SolRem20171128F SolUsu20171128

AGREGADOS

ServicioPrest.0Cant0PrTP%Cob0C.Ext0

DxRecobro0Via0Msg0Eve.0Vr.0Med Alt

Resp

MENSAJES

10EV 20170703 20170710

Ref 182729999000879172549619377880Serv CANCELARExFoReRieS720

Remitente900006037E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITValorN

CANCE. AUT ESTADO CINCOResp999999999999S.100020180927Hr1029Habit

Inc

vi) Que mi representada generó autorización para todos los servicios médicos conforme a ordenamiento médico de la siguiente manera:

F.Cita	Hora	Vlr	Asoc.	Servicio Medico	Id Medico	Est	P.Atenc.
20170221	4949	00011300P		MEDICPOS AUDIFARM- A	816001182	5	MEDAUDIFAR
20170609	2221	00000000N		ATENCION URGENCIAS FUN	890205361	8	URGFUNDOFT
20170722	1017	00000000N		TERAPIA FFUNDACION OPT	890205361	5	FOSCALSE
1721747103203310000000N				INFORMAR2	999999999999	5	
20170808	2350	00000000N		ATENCION HOSP UNI-	900006037	8	URGHUSANTA
FORMA PAG 0 0 0 0 0 0 0 Ref.							
F.Cita	Hora	Vlr	Asoc.	Servicio Medico	Id Medico	Est	P.Atenc.
20171128	2350	00000000N		OST REEMPHOSP UNI- A	900006037	8	ASHESEHUSA
20180109	2351	00000000N		AMB BAJA HOSP UNIVERSI	900006037	8	URGHUSANTA
20180321	2220	00000000N		MEDICINA HOSP UNIVERSI	900006037	8	HOSHUSANTA
1827299990008790000000N				CANCITA HOSP UNI- A	900006037	5	

vii) Visto lo anterior, las autorizaciones se encuentran generadas de manera correcta de acuerdo a lo solicitado por la IPS Hospital Universitario de Santander. En caso de requerirse algún ajuste a la autorización, se hace necesario que la IPS se comunique con autorizaciones de Compensar EPS a través de los diferentes canales de atención, a fin de realizar el respectivo ajuste en caso de ser necesario. Posteriormente, se enviara (sic) respuesta desde Compensar a la IPS. En conclusión debe acercarse directamente a la oficina de Facturación del Hospital Universitario de Santander para que se proceda con dicho reembolso. Esto debido a que

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400

compensar EPS generó las respectivas autorizaciones directamente a la IPS

- viii) *Que no existe orden medica de galeno adscrito a la EPS para el servicio solicitado.*
- ix) *Que nunca existió solicitud radicada por el demandante para autorizar el servicio médico.*
- x) *Que no se acredita prueba de solicitud de los servicios adicionales a COMPENSAR E.P.S. que mi representada se haya negado a suministrar.*
- xi) *Que no se evidencia URGENCIA VITAL sobre el servicio adquirido de manera particular.*
- xii) *Que Compensar EPS tiene a su disposición una amplia red de profesionales, la cual es idónea y cuenta con alta capacidad profesional y tecnológica para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la población afiliada; es importante precisar que, de acuerdo con la normatividad, Compensar EPS da la cobertura necesaria para el tratamiento de acuerdo con las indicaciones médicas en nuestra red de servicios contratada para tal fin. Esto de conformidad con el artículo 159 de la Ley 100 de 1993.*
- xiii) *Que no se cumplen los criterios establecidos en el literal b) del artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, por cuanto no se evidencia que mi representada hay negado el servicio. En efecto, no existieron barreras de acceso para la atención inicial ni posterior, tampoco hay evidencia alguna que demuestre que Compensar EPS haya manifestado incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia para brindar los servicios de salud requeridos. En este orden de ideas el demandante decidió por voluntad propia asumir los servicios de forma particular.*

En consecuencia, solicitó revocar en su totalidad la sentencia proferida por la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud y no acceder a las pretensiones formuladas.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar: **i)** si la entidad demandada debe reembolsar la suma de \$7.704.800, correspondientes a los gastos en que incurrió por concepto de suministro para intervención quirúrgica en atención en urgencias.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Aura Durán Franco acudió al servicio de urgencias el día 3 de julio de 2017, en la ESE Hospital Universitario de Santander (HUS), al sufrir una caída desde su

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400

propia altura que le produjo un trauma en hombro y cadera derecha; **ii)** que al ser valorada por ortopedia se ordenó procedimiento quirúrgico para fractura del fémur a través de prótesis de cadera no cementada (archivo 04-ANEXO-RTA-IPS-HUS-HISTORIACLINICA-AUTO-A-2021-000544-CAUSA-J2020-0802-AURADURAN-VS-COMPENSAR-18-01-2021, carpeta 1 instancia, exp. Digital); **iii)** que el día 5 de julio de 2017, le realizaron un remplazo total de cadera derecha; **iv)** que la demandante adquirió por cuenta suya material osteosíntesis para el procedimiento quirúrgico requerido por valor de \$7.704.800 (f° 57, archivo 2-RECONOCIMIENTO-ECONOMICO-AURADURANFRANCO-37804346-EPS-COMPESNAR, carpeta 1 instancia, exp. Digital).

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

Es preciso señalar que el Sistema General de Seguridad Social en salud debe garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, lo cual debe estar estructurado sobre una concepción integral de la salud, que incluye su promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

A fin de establecer el concepto de integralidad, la Corte Constitucional en sentencia T 259/2019, sostuvo:

2. El principio de integralidad

Según el artículo 8° de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 el derecho fundamental y servicio público de salud se rige por el principio de integralidad, según el cual los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa y con “independencia del origen de la enfermedad o condición de salud”. En concordancia, no puede “fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”. Bajo ese entendido, ante la duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud “cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

En concordancia, la Sentencia C-313 de 2014, por medio de la cual se realizó el control de constitucionalidad a la Ley 1751 de 2015, determinó que el contenido del artículo 8° implica que “en caso de duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de aquellos cubiertos por el Estado, esta se decanta a favor del derecho” y cualquier incertidumbre se debe resolver en favor de quien lo solicita. En concordancia, el tratamiento integral implica garantizar el acceso efectivo al servicio de salud suministrando “todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”¹⁹¹. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir “prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad”²⁰¹.

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400

Es importante precisar que en el proyecto de la Ley Estatutaria el mencionado artículo 8º contenía un párrafo, según el cual se definía como tecnología o servicio de salud aquello “directamente relacionado” con el tratamiento y el cumplimiento del objetivo preventivo o terapéutico. Mediante la Sentencia C-313 de 2014 se estudió esta disposición, se puso de presente que en criterio de algunos intervinientes esta podría “comprometer la prestación de servicios usualmente discutidos en sede de tutela”, entre estos el “financiamiento de transporte”. Al respecto, la Corte señaló que, en efecto, implicaba una limitación indeterminada de acceso, en contradicción con los artículos 2º y 49 Superiores y, por consiguiente, la declaró inexecutable.

*En concordancia, recientemente en las Sentencias T-171 de 2018 y T-010 de 2019 se precisó que el principio de integralidad opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, **sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. Así como para garantizar el acceso efectivo.***

En esa medida se ha precisado que el Sistema de Seguridad Social en Salud, según el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, se estructura bajo el concepto de integralidad, que incluye la promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. Sin embargo, no se encuentran cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud aquellas tecnologías y prestaciones excluidas expresamente por el Ministerio de Salud y Protección Social, previo el procedimiento técnico-científico señalado en el mencionado artículo. Debe precisarse que las exclusiones son únicamente las determinadas por dicha cartera ministerial en las listas que emite, las cuales tienen un carácter taxativo y, en concordancia con el principio de integralidad, su interpretación y aplicación debe ser restrictiva y, a la inversa, la interpretación y aplicación de las listas de inclusiones tienen que ser amplias^[21].

[...]

Ahora bien, la obligación por parte de las EPS de reembolsar a sus afiliados los gastos en que estos hubieran tenido que incurrir por concepto de salud se encuentra regulado en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, en donde han sido precisados los eventos concretos en los que opera el reembolso, así como el trámite para su obtención, normatividad que señala:

ARTICULO 14. 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 (sic) 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.*

En cuanto a los servicios de urgencias la Corte Constitucional en sentencia T 650 de 2011, indicó:

2.4.1. *En primer lugar, debe señalarse que por “urgencia”, de acuerdo con el artículo 9 de la Resolución 5261 de 1994, debe entenderse “(...) la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras.”*

La atención inicial de urgencias, entendida como “la organización de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros de un proceso de cuidados de salud indispensables e inmediatos a personas que presentan una urgencia”⁴¹, de acuerdo con lo establecido en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas. El costo de dichos servicios, siguiendo la norma en cita, debe ser asumido por la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliado el usuario, salvo en los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales o en otros eventos expresamente aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, ya que en estos supuestos el llamado a sufragar dichos costos es el Fondo de Solidaridad y Garantía. En el mismo sentido, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, establece algunas reglas específicas en materia de reconocimiento de reembolsos a los afiliados que han tenido que asumir costos por atención de urgencias.

Es claro que la atención inicial de urgencias constituye una prestación cierta, que se encuentra expresamente consagrada en el Plan Obligatorio de Salud como un derecho que le asiste a todos los beneficiarios de dicho plan. Pero además, ello implica la efectividad del derecho a la salud como derecho fundamental.

*En ese orden de ideas debe recordarse que, según lo establecido en la Sentencia T-594 /07, el derecho fundamental a la salud en relación con las prestaciones establecidos en el P.O.S., tiene dos dimensiones: **(i) en primer término, la prestación efectiva, real y oportuna del servicio médico incluido en el P.O.S. y, (ii) en segundo lugar, la asunción total de los costos del servicio, por cuenta de las entidades que tienen a su cargo la prestación de los mismos.** (Negrilla fuera del texto original)*

En este sentido y aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, es evidente que a pesar de que la EPS autorizó los servicios que requirió la actora, estos no fueron suministrados de manera oportuna e integral, del tal suerte que una de las dimensiones del derecho fundamental a la salud no se vio satisfecha, toda vez que la entidad encargada de asumir con los gastos médicos, esto es, Compensar EPS, no cumplió en su totalidad con la obligación que le acarreaba, pues a sabiendas de que la paciente requería para su recuperación una intervención quirúrgica para un implante total de cadera, siendo necesario el material de osteosíntesis que en ese momento no se encontraba disponible en la IPS en la cual fue atendida, no autorizó de manera pertinente la suma que se necesitaba que adquirir el material.

Tal y como se puede ver de las autorizaciones que fueron otorgadas por la EPS a favor de la IPS y que se adjuntaron con el escrito de apelación, en especial la referenciada con el material osteosíntesis donde se menciona «F SolRem 20170830» y «F SolUsu

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400
20170830», para lo cual se adjunta el siguiente pantallazo, donde se resalta en verde la información que para la Sala resulta relevante:

SSE28T00062821JAN27		2101	INQ	SSE	52915118	S9382/4
AUTORIZACION DE SERVICIO DE SALUD						
Cod. EPS	8	Aut.	172549619377880			
Usuario	37804346		1	AURA DURAN FRANCO	TR	Ed 67
Servicio	793501	COB.100% C.EXT.	013	OST RED. ABIERTA FX FEMU	Vig:	20171110
.IPS SS X CORREO*DX: S720 FRACTURA DEL CUELLO DEL FEMUR Mens:						
Prestador	900006037	HOSP UNIVERSITA	Costo	10650621	Rec.	
Punto	HOSHUSANTA	Socio				N
Resp.	1033710914	20170911	1029	Area 31	Sed 1000	Pro TP -
Fec Oport	F DesUsu	F SolRem	20170830	F SolUsu	20170830	Estr.2 Est 3
---AGREGADOS---						
Servicio	Prest.	0	Cant	0	Pr TP	%Cob 0 C.Ext 0
Dx	Recobro	0	Via	0	Msg	0 Eve.0 Vr. 0 Med Alt
Resp						
---MENSAJES---						
1	0	FI:20170703 FE:20170710				S
2	411	MATERIAL DE OSTEOSINTESIS A TRAVES DE LA IPS				S
	0					

Consorcio Salud

Comtenaico valle
delagente

compensar

SSE38T00013821JAN27	2101	INQ	SERVICIOS DE SALUD	3780
AUTORIZACION DE SERVICIOS POR AFILIADO				3780

Se colige de lo anterior que, la autorización fue expedida el día 30 de agosto de 2017, es decir, cuando ya se había practicado la intervención de urgencia que necesitaba la paciente, pues como bien se pudo ver de la historia clínica la cirugía se realizó el día 5 de julio de 2017, como se muestra a continuación:

DATOS QUIRÚRGICOS			
Fecha de inicio evento quirúrgico:	5/07/2017 11:26:11 a. m.	Fecha de terminación evento quirúrgico:	5/07/2017 11:26:11 a. m.
Fecha y hora salida del quirófano:	5/07/2017 11:26:11 a. m.	ANALGESIA OBSTETRICA	

Lo anterior se corrobora con la respuesta dada por parte del Hospital Universitario de Santander al requerimiento que hizo el a quo, quien respondió frente al suministro del material de osteosíntesis que se encontraba pendiente de autorización:

- 3) Si requirió a COMPEsnar EPS, para el suministro del material de osteosíntesis requerido para el procedimiento reemplazo total de cadera.
- Respuesta: según registros en la historia clínica en folio 14, se requirió material de osteosíntesis.....(SIC) “ pendiente autorización de prótesis no cementada “.

Aunado a ello, la misma entidad demandada en el escrito de apelación, reveló que, en el mes de agosto de 2017, autorizó la atención inicial de urgencias, comprobándose con todo lo expuesto que la EPS si bien autorizó el servicio requerido lo hizo mucho tiempo después del suceso, no siendo diligente con las autorizaciones requeridas de urgencia, situación que llevó a que la demandante tuviera que incurrir en gastos médicos que no le correspondían.

En ese sentido, no cabe duda que la EPS Compensar vulneró el derecho fundamental a la salud de la demandante al no suministrarle lo requerido prontamente durante su estadía en el Hospital Universitario de Santander (HUS), al cual ingreso por urgencias, de manera que deberá devolver a favor de la accionante las sumas que se encuentran soportadas en el expediente, así:

EL PROFESIONAL UNIVERSITARIO DE FACTURACIÓN DE LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER

CERTIFICA:

Que, la señora **AURA DURAN FRANCO**, identificada con cedula de ciudadanía número **37.804.346** ingreso a la institución el día 03 de julio de 2017, con numero de ingreso **516854**, durante estancia el día 05 de julio de 2017 se le realizo el procedimiento quirúrgico (IMPLANTE TOTAL DE CADERA), el cual requería material de osteosíntesis que en su momento no se encontraba disponible en la institución y este fue suministrado por la paciente.
Por lo anterior, el material de osteosíntesis no fue facturado a la empresa responsable del pago (**COMPENSAR EPS**), como se evidencia en la factura No. HUSE0000553955, la cual me permito anexar.

La presente se expide a solicitud del interesado a los 26 días del mes de septiembre de 2017.

[Firma]
JAVIER ANDRES ZARATE CAICEDO



RESOLUCIÓN DIAN No. 320001375908

FECHA: 2016/03/14 DEL No. 5263 AL No. 100000 HABILITA

ICA ACTIVIDAD ECONÓMICA 4645 - TARIFA: 4.14 X 1000

VENTA

Nº 5866

Cliente: SRA. AURA DURAN FRANCO - CLL 91 # 24-29 - TEL 3125911074		NIT: 37.804.346		
Ciudad: BUCARAMANGA	Fecha Emisión: JULIO 10 / 2017	Fecha Vencimiento: JULIO 10 / 2017	Referencia: BGA 3910 SYNTHES	
PRODUCTO	DESCRIPCION	PRECIO UNITARIO	CANTIDAD	VALOR TOTAL
3192810	CADERA NO CEMENTADA CON RECUBRIMIENTO DE HI	\$ 3.293.300,00	1	\$ 3.293.300,00
121722048	COPA NO CEMENTADA PINNACLE® 48 MM	\$ 1.763.400,00	1	\$ 1.763.400,00
121725500	TORNILLO ACETABULAR PARA COPA NO CEMENTADA	\$ 289.800,00	2	\$ 579.600,00
121730500	TORNILLO ACETABULAR PARA COPA NO CEMENTADA	\$ 289.800,00	1	\$ 289.800,00
136521000	ARTICULEZE BALL 32 +1 GR	\$ 1.022.900,00	1	\$ 1.022.900,00
122132148	ALTRX Inserto Polietileno +4 10D 32IDX48CD	\$ 755.800,00	1	\$ 755.800,00
PACIENTE SRA. AURA DURAN FRANCO FECHA CIRUGIA JULIO 05 DE 2017 E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER				
PAGADO 04 JUL 2017 ENTREGADO 05 JUL 2017				
SUBTOTAL				\$ 7.704.800,00
IVA				\$ -
TOTAL				\$ 7.704.800,00
VALOR EN LETRAS SIETE MILLONES SETECIENTOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS M/CTE				

IMPRESO POR SPASIN PUBLICIDAD - NIT93861465 - CEL 31240981

Por consiguiente, no le asiste razón al recurrente en los argumentos expuestos en el recurso de alzada, por lo que se confirmará la decisión de primera instancia.

SUMARIO EXP. 11001220500020230076400

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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 apelada proferida por la **SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN**, de fecha 29 de septiembre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

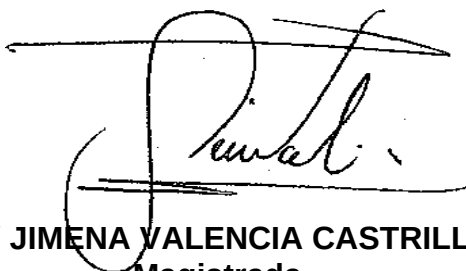
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500120200013501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	NANCY YOLANDA QUIÑONES SANTANA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **NANCY YOLANDA QUIÑONES SANTANA** se **declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado con Porvenir S.A., por la omisión del deber de información; que se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPM con Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, se **ordene** al fondo demandado a trasladar a Colpensiones los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados y que se **condene** a Colpensiones a recibir tales emolumentos; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 37 a 57 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 31 de diciembre de 1964; que cotizó al Sistema General de Pensiones con el antiguo ISS hoy Colpensiones desde el 01 de julio de 1988 hasta el 30 de septiembre de 2006; que por solicitud de su empleador el 19 de septiembre de 2006, recibió una visita de un asesor de Porvenir S.A.; que ese asesor le indicó que el ISS se iba a quebrar, que sus aportes podían perderse y que lo más indicado era trasladarse a un fondo privado, con ocasión de lo cual resolvió trasladarse a través de formulario de afiliación con una información escasa, confusa, amañada, no veraz ni oportuna; que presentó un conflicto de multi afiliación que se resolvió en favor de Colpensiones sin que se le hubiese hecho parte o se le hubiese notificado tal determinación; que a la fecha de la presentación de la demanda continúa afiliada al RPM y que durante el tiempo de su vinculación no ha recibido ningún tipo de información o asesoría personalizada, tampoco se le puso en conocimiento de posibilidad de retornar al RPM, previo a los 10 años de reclamar la edad para su pensión. Finalmente sostuvo que solicitó a las demandadas la anulación de su afiliación al RIAS y su traslado al RPM, el cual fue contestado de manera negativa por ambas entidades.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 149 – 177 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 31 de diciembre de 1964; que se afilió y efectuó cotizaciones al ISS, desde el 01 de julio de 1988, hasta el 30 de septiembre de 2006, y que la actora solicitó el retorno al RPM, el cual fue negado. Frente a los demás hechos, manifestó no contestarle o no ser cierto.

Como excepciones de mérito, propuso las de aplicación del precedente en la sentencia SL373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

De otro lado, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 31 de diciembre de 1964, y que ella había solicitado el retorno al RPM. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de marzo de 2023 (archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora NANCY YOLANDA QUIÑONES SANTANA identificada con la C.C 39.737.551 de Ubaté, a través del fondo administrado por la sociedad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de la demandante señora NANCY YOLANDA QUIÑONES SANTANA identificada con la C.C 39.737.551 de Ubaté al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora NANCY YOLANDA QUIÑONES SANTANA identificada con la C.C 39.737.551 de Ubaté, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que, en este caso, sobre el traslado efectuado por la demandante en septiembre de 2006, solo obraba formulario de afiliación, sin documento adicional alguno; que del interrogatorio de parte rendido por la representante legal de Porvenir S.A. no se extraía con certeza que la actora hubiese

recibido una asesoría completa sobre las implicaciones del acto de traslado; que a su vez, según las declaraciones efectuadas por la demandante, el traslado se dio por sugerencia de su empleador, quien le manifestó que debía tener sus productos financieros con el Grupo Aval, que con ocasión de ello había recibido información de una asesora de Porvenir que le había indicado que el ISS se liquidaría y que sus ahorros se perderían.

Con base en lo expuesto, determinó que si bien el traslado no se efectuó por constreñimiento que se hubiese ejercido sobre la actora, lo cierto era que había adolecido de la suficiente información en tanto la AFP incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera a la demandante decidir con plena libertad su traslado de régimen, como quiera que resultaba claro que pese a que a Porvenir le correspondía informar sobre las consecuencias a futuro de tal acto, no había cumplido con tal prerrogativa, lo que en este caso le impidió dimensionar a la afiliada las consecuencias negativas que se dieron a futuro, que en este caso correspondieron a una merma en la mesada pensional.

Adujo que, era necesario que la actora conociera todos los aspectos atinentes a su situación particular a fin de que, de manera informada y con plena consciencia, tomase la decisión de trasladarse o de permanecer en el RPM; sin embargo, del acervo probatorio se evidenciaba que el fondo omitió poner en conocimiento tales asuntos y en tal sentido, desconoció el principio de eficiencia que gobernaba el Sistema de Seguridad Social, dando lugar a la situación desfavorable en la que se encontraba la demandante quien en su momento no pudo escoger la opción pensional de su real conveniencia.

Destacó que, sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, entre ellos sentencia CSJ SL 68852-2019 indicó que antes de surtirse el traslado al RAIS, la administradora privada tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara y oportuna, que le permitiera conocer las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba afiliado, que además la suscripción de un formulario de afiliación en modo alguno podía considerarse como la prueba de un consentimiento informado, carga de la prueba que correspondía también a la AFP.

Por las razones expuestas, estimó que era procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS y en consecuencia privar de todo efecto práctico el traslado, bajo la ficción jurídica de que la actora siempre estuvo afiliada al RPM

RECURSO DE APELACIÓN

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad el fallo de primera instancia. Al respecto, indicó que para la fecha en que se realizó el traslado no le era exigible al fondo privado conservar registro documental acerca de la asesoría brindada, más allá del formulario de afiliación; que en este caso, la demandante estaba alegando en su favor su propia culpa, como quiera que ella tenía la capacidad y condiciones necesarias para conocer la incidencia del traslado y que en todo caso, en su condición de consumidora financiera debía informarse acerca de las implicaciones del acto.

Refirió que, si a pesar de lo expuesto el Tribunal resolvía confirmar la ineficacia del traslado solicitaba que se revocara la orden de restituir los gastos de administración, debido a que los mismos no estaban llamados a financiar la pensión de vejez de la actora y que su única finalidad era ofrecer una contraprestación por las gestiones realizadas por la AFP tendientes a generar rendimientos sobre la cuenta de ahorro individual, cuestión que evidentemente se logró. Finalmente, indicó que no era procedente ordenar la indexación de las sumas a retornar en tanto el a quo dispuso la devolución de los rendimientos del capital, lo que compensaba y superaba la pérdida de valor en el tiempo que así lo ha previsto la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, expresó que la insuficiente información debió ser acreditada por la parte actora, según lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso; que el a quo no tuvo en cuenta que se le dio una debida asesoría a la demandante lo que se acredita con su firma impresa en el formulario de afiliación; que, en todo caso, su voluntad de pertenecer al RAIS quedó en evidencia por estar vinculada por más de 20 años sin solicitar retorno o efectuar cuestionamiento alguno.

Adujo que, el Juzgador no tuvo en cuenta que la demandante tenía plena capacidad para entender las implicaciones de su traslado, como quiera que todas

están contempladas en la Ley 100 de 1993; que la actora tenía la obligación de informarse por lo que ahora pretende beneficiarse de su actuar negligente. Finalmente, mencionó que la decisión del Juez de primera instancia afectaba la sostenibilidad del sistema, debido a que Colpensiones tendría que reconocerle una pensión a una persona que por casi 20 años no cotizó al régimen público, en perjuicio de los afiliados que han permanecido de manera ininterrumpida.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **NANCY YOLANDA QUIÑONES SANTANA** nació el 31 de diciembre de 1964 (fº 05 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que la señora **NANCY YOLANDA QUIÑONES SANTANA** estuvo vinculada al ISS entre el 01 de julio de 1988, y el 30 de septiembre de 2006, acumulando un total de 896 semanas (fº 04 archivo 04 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el 19 de septiembre de 2006, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de noviembre de 2006** (fº 59 y 69 archivo 02, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el

derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ

SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de noviembre de 2006**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 19 de septiembre de 2006 de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de

abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Frente al reparo formulado por Porvenir según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta AFP suministrar la información con el detalle que el a quo lo requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondo de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que al respecto formuló Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alza no prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

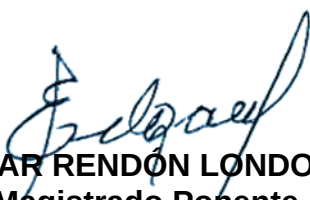
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de marzo de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

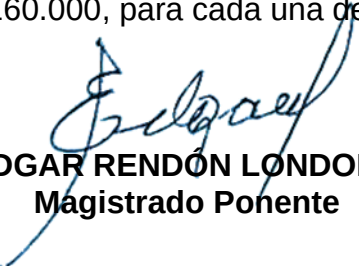

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500120200032801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	PATRICIA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BUSTAMANTE
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **PATRICIA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BUSTAMANTE** se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado con Porvenir S.A. y del traslado horizontal efectuado posteriormente a Skandia S.A., por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se **ordene** a Colpensiones a incorporarla como afiliada; se **ordene** a Skandia S.A. trasladar a Colpensiones los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 28 - archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 18 de junio de 1965; que a la fecha de la presentación de la demanda había cotizado 1.074,43 semanas al Sistema General de Seguridad Social correspondientes a 426,14 en el RPM y 648,29 en el RAIS; que en mayo de 2001 se trasladó al RAIS con Porvenir S.A. y posteriormente efectuó un traslado horizontal a Skandia en junio de 2016 fondo en el que mantiene afiliada; que al momento de efectuar el traslado al RAIS con Porvenir S.A. el asesor le indicó que su mesada pensional sería superior a la que recibiría de permanecer en Colpensiones, pues le indicaron ascendería al 95% de su salario; que mediante derecho de petición del 17 de enero de 2020 solicitó a Porvenir S.A. las constancias de la asesoría brindada al momento del traslado, sin que a la fecha de la presentación de la demanda hubiese obtenido respuesta; que Skandia S.A. mediante comunicación del 03 de febrero de 2020 le indicó que de continuar cotizando su mesada pensional ascendería a \$2.454.000, lo que no se ajustaba al valor que habían estimado cuando realizó el traslado.

Mencionó que, ni antes y durante su afiliación a Porvenir S.A. y a Skandia S.A. estas AFP han efectuado una asesoría adecuada ni le han suministrado información oportuna sobre las implicaciones de su afiliación al RAIS; que el 07 de julio de 2020 radicó ante Colpensiones solicitud encaminada a que se le retornara al RPM, la cual fue negada por esta entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 18 de junio de 1965 y que el 07 de julio de 2020 ella radicó solicitud encaminada a que se le retornara al RPM, la cual fue negada por esta entidad. Frente a los demás hechos, manifestó no constarles o no ser cierto.

Como excepciones de mérito, propuso las de aplicación del precedente en la sentencia SL373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (f° 1 – 20 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que

la demandante nació el 18 de junio de 1965; que la actora contaba con 1.083 semanas de cotización al sistema de seguridad social en pensiones para el día 25 de marzo de 2021; que el 06 de mayo de 2016 la demandante suscribió formulario de afiliación a efectos de vincularse a Skandia S.A.; que la actora efectuó múltiples solicitudes encaminadas a tener información sobre su eventual mesada y bono pensional. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de que no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

Adicional a lo anterior, se debe indicar que **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º65 - 68, archivo 06 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en los contratos de seguro previsional suscritos entre dicha entidad y SKANDIA cuyas vigencias fueron de 2016 a 2018. Tal llamamiento fue admitido por el Juzgado de origen en auto del 28 de febrero de 2022 (archivo 09 carpeta 1 exp. digital).

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó la demanda señalando que se oponía a las pretensiones de ésta y que no le constaba ningún hecho (fº 01 - 23 archivo 09 carpeta 1 exp. digital). Formuló como excepciones de mérito, las de el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “*autonomía de la voluntad*”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “SKANDIA Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.

Frente al llamamiento en garantía, se opuso a la prosperidad de sus pretensiones y como sustento de ello, formuló las excepciones de SKANDIA Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP SKANDIA S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de “SKANDIA Administradora De Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

El *a quo* a través de auto del 28 de febrero de 2022, tuvo por no contestada la demanda por parte de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (archivo 09 carpeta 1 exp. digital). Contra esta decisión no se interpuso recurso alguno.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de marzo de 2023 (archivo 32 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora PATRICIA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BUSTAMANTE, identificada con la C.C. No 32.688.660, a través del fondo administrado por las sociedades demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme lo expuesto en precedencia

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora PATRICIA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BUSTAMANTE, identificada con la C.C. No 32.688.660 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora PATRICIA DEL CARMEN FERNÁNDEZ

BUSTAMANTE, identificada con la C.C. No 32.688.660 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la aquí demandante estuvo afiliada a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto

QUINTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra conforme a lo expuesto por la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

SÉPTIMO: DECLARAR probadas las excepciones formuladas por la demandada MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A, se declaran probadas las de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A FRENTE A LA ACCIÓN MATERIAL EJERCIDA POR LA PARTE DEMANDANTE, CARECE DE AMPARO Y/O COBERTURA, PUES, EL RIESGO OBJETO DE PROTECCIÓN ASEGURATIVA NO TIENE RELACIÓN CON EL OBJETO MATERIAL DE LAS PRETENSIONES, SIENDO IMPROCEDENTE EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO A MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A; MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A NO SE ENCUENTRA OBLIGADA, EN CASO DE UNA SENTENCIA DE CONDENA CONTRA LA LLAMANTE EN GARANTÍA, A EFECTUAR DEVOLUCIÓN DE LA PRIMA NI DE NINGÚN OTRO VALOR QUE CORRESPONDA A CONTRAPRESTACIÓN DEL SEGURO, PORQUE ELLA FUE LEGALMENTE DEVENGADA Y LOS RIESGOS ESTUVIERON EFECTIVAMENTE AMPARADOS e INEXISTENCIA DE DERECHO CONTRACTUAL POR PARTE DE SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

OCTAVO: Sin costas para las partes en la presente instancia.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que en este caso sobre el traslado del RAIS al RPM no obraba el formulario de afiliación de Porvenir S.A.; que respecto del traslado horizontal efectuado a Skandia S.A. solo obraba formulario de afiliación del 06 de mayo de 2016, sin documento adicional alguno; que del interrogatorio de parte rendido por las representantes legales de Porvenir S.A. y Skandia S.A. no se extraía con certeza que la actora hubiese recibido una asesoría completa sobre las implicaciones del acto de traslado; que a su vez, según las declaraciones efectuadas por la demandante, el primer traslado se dio con ocasión de una reunión grupal en las instalaciones de su entonces empleador, en la que le expusieron las ventajas de trasladarse al fondo privado e hicieron la promesa de que la pensión sería del 95% del valor del salario y que no la contactaron para obtener una asesoría adicional.

Con base en lo expuesto, determinó que si bien el traslado no se efectuó por constreñimiento que se hubiese ejercido sobre la actora, lo cierto era que había adolecido de la suficiente información en tanto la AFP incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera a la demandante decidir con plena libertad su traslado de régimen, ya que resultaba claro que pese a que a Porvenir le correspondía informar sobre las consecuencias a futuro de tal acto, no había cumplido con tal prerrogativa, lo que en este caso le impidió a la afiliada dimensionar las consecuencias negativas que se dieron a futuro, que en este caso correspondieron a una merma en la mesada pensional.

Adujo que era necesario que la actora conociera todos los aspectos atinentes a su situación particular a fin de que, de manera informada y con plena consciencia, tomase la decisión de trasladarse o de permanecer en el RPM, sin embargo, del acervo probatorio se evidenciaba que el fondo omitió poner en conocimiento tales asuntos y en tal sentido, desconoció el principio de eficiencia que gobernaba el Sistema de Seguridad Social, dando lugar a la situación desfavorable en la que se encontraba la demandante quien en su momento no pudo escoger la opción pensional de su real conveniencia.

Afirmó que, sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, entre ellos sentencia CSJ SL 68852-2019 indicó que antes de surtir el traslado al RAIS, la administradora privada tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara y oportuna, que le permitiera conocer las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba afiliado, que además la suscripción de un formulario de afiliación en modo alguno podía considerarse como la prueba de un consentimiento informado, carga de la prueba que correspondía también a la AFP.

Manifestó que, los movimientos entre administradoras del RAIS efectuados por la demandante, no podían tenerse como una ratificación o convalidación del acto inicial de traslado, debido a que la validez de tal acto estaba supeditada a que en ese momento y no con posterioridad, se hubiese dado cumplimiento al deber de información, cuestión que en este caso no estaba acreditada; ello, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias CSJ SL 5686-2021, SL 584-2022 y SL 1926-2022

Por las razones expuestas, estimó que era procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS y en consecuencia privar de todo efecto práctico el traslado inicial y los horizontales realizados con posterioridad, bajo la ficción jurídica de que la actora siempre estuvo afiliada al RPM.

Respecto del llamamiento en garantía, adujo que si bien entre Mapfre y Skandia S.A. se concertó la póliza 9201411300149, lo cierto era que dentro de ella se pactaron las coberturas para los riesgos de invalidez y muerte, de ahí que el objeto del litigio correspondiente a la ineficacia del traslado no tuviese relación con tal cobertura, por lo que era procedente absolver a la llamada en garantía de las pretensiones formuladas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, determinó que la insuficiente información debió ser acreditada por la parte actora, según lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso; que el a quo no tuvo en cuenta que se le dio una debida asesoría a la demandante lo que se acreditaba con su firma impresa en el formulario de afiliación; que, en todo caso, su voluntad de pertenecer al RAIS quedó en evidencia por estar vinculada por más de 20 años sin solicitar retorno o efectuar cuestionamiento alguno.

Adujo que, el Juzgador no tuvo en cuenta que la demandante tenía plena capacidad para entender las implicaciones de su traslado, como quiera que todas están contempladas en la Ley 100 de 1993; que la actora tenía la obligación de informarse por lo que ahora pretende beneficiarse de su actuar negligente. Finalmente, mencionó que la decisión del Juez de primera instancia afectaba la sostenibilidad del sistema, debido a que Colpensiones tendría que reconocerle una pensión a una persona que por casi 20 años no cotizó al régimen público, en perjuicio de los afiliados que han permanecido de manera ininterrumpida.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. presentó recurso parcial contra la decisión de primera instancia en lo concerniente a la orden de devolución de los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados. Al respecto, adujo que el a quo había omitido dar aplicación al párrafo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el que se habilitaba a los fondos privados y públicos para descontar el 3% de la cotización para cubrir los gastos de

administración y la prima de los seguros previsionales, con la finalidad de retribuir las gestiones realizadas por los fondos encaminadas a garantizar una rentabilidad mínima sobre los aportes de los afiliados y la garantía de la cobertura de las prestaciones económicas a las que tuviera derecho el afiliado.

Refirió que, Skandia S.A. ha actuado de buena fe en toda la etapa contractual, que ella no propició el traslado inicial y que administró de manera correcta la cuenta de la actora, debido a que se habían generado rendimientos significativos, que, en tal sentido, ordenar el retorno de los gastos de administración atentaría contra la buena fe de la AFP y generaría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones. Respecto de los seguros previsionales refirió que se ha dado la cobertura durante toda su vinculación y que en tal sentido no habría lugar a devolver el valor de las primas de seguros y que, sin perjuicio de ello, quien debería efectuar su retorno era la aseguradora, pues de mantenerse la declaratoria de ineficacia el contrato de seguro no hubiese existido.

Finalmente, respecto de la indexación señaló que la devolución de los rendimientos del capital, compensaba y superaba la pérdida de valor del dinero en el tiempo, por lo que no habría lugar a ordenar el pago de ambos rubros de manera simultánea, como erradamente lo dispuso el *a quo*.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación parcial solicitando que se revocara el numeral tercero de la decisión de primera instancia. Al respecto, adujo que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, autorizaba a las AFP a efectuar los descuentos de gastos de administración para cubrir el pago de seguros previsionales, las contingencias y el porcentaje de pensión de garantía mínima; que el artículo 113 de la misma Ley establecía que los únicos dineros a trasladar cuando existía un cambio de fondo de pensiones era el saldo de la cuenta y sus rendimientos, por lo que no era procedente que el Despacho ordenara la devolución de esas normas, que ello generaría aun enriquecimiento sin justa causa en perjuicio de la administradora.

Finalmente, indicó que no era procedente ordenar la indexación de las sumas a retornar en tanto el *a quo* dispuso la devolución de los rendimientos del capital, lo que compensaba y superaba la pérdida de valor del dinero en el tiempo que así lo ha previsto la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Skandia S.A. Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, así como el traslado horizontal efectuado a Skandia S.A. y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora **PATRICIA DEL CARMEN FERNÁNDEZ BUSTAMANTE** nació el 18 de junio de 1965 (fº 29 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que la actora estuvo afiliada al RPM con Colpensiones entre el 30 de marzo de 1992, y el 30 de abril de 2001, acumulando un total de 418 semanas (fº 120 archivo 10 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que se trasladó al RAIS administrado por la AFP OLD Mutual – hoy Porvenir desde el **01 de mayo de 2001**, hasta el 30 de junio de 2016, (archivo 24 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **iv)** que a través de formulario de afiliación del 06 de mayo de 2016, se trasladó a la AFP Skandia S.A., con efectividad del 01 de julio de 2016, fondo al que continúa afiliada.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un

vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz*

ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y

finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-01 de mayo de 2001-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, esta Sala encuentra que en el expediente ni siquiera obra el formulario de afiliación de la demandante en el que conste la solicitud de traslado a OLD Mutual S.A. hoy Porvenir S.A. cuya eficacia se cuestiona, de manera que, al no existir prueba de la firma del formulario, mucho menos se demuestra con prueba alguna que se le hubiese brindado a la demandante una asesoría completa, veraz, comprensible e integral sobre las ventajas y desventajas de haber efectuado el traslado. Sin perjuicio de lo expuesto, en el evento en que la demandante hubiese diligenciado este documento, lo cierto es que el mismo sólo corresponde una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que de este se desprenda que dicha AFP hubiese cumplido con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de

administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que se despacharán desfavorablemente los reparos que al respecto formularon Porvenir y Skandia.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que el reparo que sobre el particular formuló la administradora pública no tiene vocación de prosperidad.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA

Frente al reparo formulado por Skandia encaminado a que se ordene la devolución de las primas de seguro canceladas por ésta, con cargo a la Mapfre Colombia Vida S.A., se indica que el mismo no está llamado a prosperar, pues a criterio de esta Sala tal reembolso en modo alguno debe ser asumido por la aseguradora, debido a que esta fue ajena a los actos de afiliación y traslado que dieron lugar a la ineficacia que se declara. Sumado a ello, los riesgos asegurados no son otros más que la muerte, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y auxilio funerario, sin que de allí se desprenda que la aseguradora deba garantizar patrimonialmente las obligaciones impuestas en el presente juicio, dado que su responsabilidad se limita únicamente a las coberturas contratadas, esto es frente la invalidez y sobrevivencia, respecto de la afiliación del promotor de la contienda, al fondo de pensiones Skandia.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

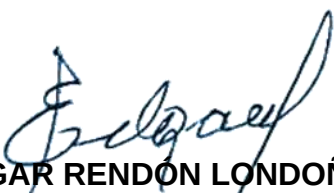
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de marzo de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y de **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501620210011801
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FLOR NIDIA ARISMENDI CRISPÍN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **FLOR NIDIA ARISMENDI CRISPÍN** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado con Porvenir S.A. y del traslado horizontal efectuado posteriormente con Protección S.A., por la omisión del deber de información en que incurrieron estas AFPs. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **condene** a Protección S.A. a trasladar sus aportes y cotizaciones a Colpensiones y que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló, en síntesis, que nació el 03 de mayo de 1965; que a la fecha de

la presentación de la demanda había cotizado 1.649,57 semanas al Sistema General de Seguridad Social correspondientes a 407,19 en el RPM y 1.101.57 en el RAIS; que en mayo de 1997, un asesor de Porvenir S.A. le ofreció la posibilidad de trasladarse al RAIS, bajo las premisas de que podría pensionarse a cualquier edad y obtener rendimientos sobre los aportes efectuados, sin advertirle las implicaciones de tal acto, ni suministrarle una información completa, real, comprensible y sin ponerle en conocimiento los requisitos necesarios para acceder a las prestaciones del régimen; que el 01 de diciembre de 1998, se trasladó a Protección S.A. sin que tal tránsito estuviese precedido de una debida asesoría.

Adujo que, en septiembre de 2013, solicitó ante Colpensiones el retorno al RPM, pero esta entidad contestó de manera negativa y que el 06 de mayo de 2015 Protección S.A. le informó que su pensión sería de un salario mínimo legal mensual vigente.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (fº 1 – 12 - archivo 17, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, sólo aceptó que la demandante en septiembre de 2013 solicitó ante Colpensiones el retorno al RPM y que esta entidad contestó de manera negativa. Frente a los demás hechos, manifestó no constarles o no ser ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica o innominada.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. contestó (fº 1 – 28 archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 3 de mayo de 1965; que en mayo de 1997, un asesor de Porvenir S.A. le ofreció trasladarse al RAIS con esa AFP. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó (f° 1 – 21 archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 03 de mayo de 1965 y que contaba con más de 1.649,57 semanas de cotización al 14 de octubre de 2021. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General De Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de febrero de 2023 (archivo 29 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR La ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara la demandante señora FLOR NIDIA ARISMENDI CRISPÍN identificada con cédula de ciudadanía No. 39.691.650, y que tuvo lugar el día 31 de marzo de 1997 con efectividad desde el 01 de mayo del mismo año, por ante el Fondo Privado de Pensiones AFP PORVENIR S.A. debido a la omisión en el deber de información por parte de tal administradora.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, incluyendo valores por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general todo valor que haya recibido por concepto de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Condena que se hace extensiva a la AFP PORVENIR S.A. por los periodos de tiempo durante los cuales estuvo afiliada la demandante a ese Fondo Privado de Pensiones, y en relación con los valores, que por motivo de las cotizaciones fueron recibidos y que no hayan sido trasladados a AFP PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir los recursos condenados en los numerales que anteceden, y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, con total equivalencia del número de semanas que fueron cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con respecto a la historia laboral del régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/2 SMLMV), como valor de las agencias en derecho, a cargo de cada uno de los fondos privados de pensiones demandados, y el valor de Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV) a cargo de COLPENSIONES.

Para fundamentar su decisión sostuvo que, no existía discusión en que la demandante se afilió a Porvenir S.A. el día 31 de marzo de 1997, con efectividad desde el 01 de mayo de la misma anualidad y que, posteriormente, el día 7 de octubre de 1998, realizó un traslado horizontal a Colmena – hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de diciembre de ese año, fondo al que continuaba afiliada la demandante; que, respecto de estos traslados, obraban formularios de solicitud de afiliación.

Refirió que, el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció que la selección de cualquiera de los regímenes sería libre y voluntaria por parte del afiliado; que a su vez el artículo 271 de la misma norma, disponía que si cualquier persona natural o jurídica impedía o atentaba contra el derecho del trabajador de seleccionar libremente su régimen pensional, la afiliación quedaría sin efecto; que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sentencia SL68838-2019 ha determinado que el deber de información a cargo de las AFP era exigible desde su creación, quienes debían presentar una información precisa, clara y ajustada a la situación particular de este afiliado, de manera que éste entendiera a cabalidad las implicaciones del traslado. También indicó que los formularios de afiliación no acreditaban el cumplimiento del tal deber de información.

Estimó que, en este caso las AFPs demandadas no habían cumplido a cabalidad con la carga de acreditar el cumplimiento del deber de información, ni al momento en que se efectuó el traslado primigenio, ni cuando se realizó el traslado horizontal, pues, como se expuso, los formularios de afiliación resultaban insuficientes para demostrar tal carga. Adujo también que del interrogatorio de parte de la demandante no se había extraído confesión alguna, pues, según el dicho de la actora, sólo se le expusieron algunas características positivas del RAIS, pero no se le pusieron en conocimiento las desventajas, riesgos o en general las implicaciones de tal acto y tampoco se observaba la subsanación de estas falencias cuando efectuó el traslado horizontal a Protección.

Concluyó que, los traslados realizados por la actora estuvieron desprovistos de la información suficiente, coherente necesaria, es decir que, no existió consentimiento suficientemente informado.

CONSULTA

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el a quo resolvió remitirlo a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, así como el traslado horizontal efectuado a Protección S.A. y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **FLOR NIDIA ARISMENDI CRISPÍN** nació el 03 de mayo de 1965 (archivo 003 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que la actora estuvo afiliada al RPM con Colpensiones entre el 12 de noviembre de 1985 y el 31 de marzo de 1997 acumulando un total de 550,56 semanas (archivo GRP-SCH-HL de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir, a través de formulario de afiliación del 31 de marzo de 1997, con fecha de efectividad del **01 de mayo de 1997** (archivo 24 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y *iv)* que a través de formulario de afiliación del 08 de octubre de 1998 se trasladó a la AFP Colmena – hoy Protección S.A., con efectividad del 01 de diciembre de 1998, fondo al que continúa afiliada.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe

analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que, es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ

SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-01 de mayo de 1997-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 31 de marzo de 1997 de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la actora, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de

abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento–, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negritas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y

además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Al respecto, encuentra esta Sala de decisión que el a quo omitió ordenar de manera completa la restitución de los mentados emolumentos y la indexación respectiva.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los 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, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

A su vez, se deberá adicionar el numeral cuarto a efectos de ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la actora en esta AFP.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Sin costas en esta instancia, por no haberse formulado recurso por ninguna de las partes.

En mérito de lo expuesto, el 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: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la demandante en esta AFP.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

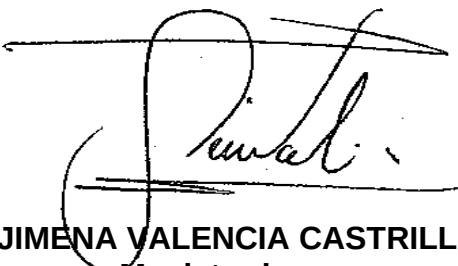
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501820200037601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JAIRO FARÍAS GUERRERO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JAIRO FARÍAS GUERRERO** que se **declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A., por el incumplimiento del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se **ordene** a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones el saldo total existente en su cuenta de ahorro individual incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros y el valor destinado al Fondo de Garantía Mínima; que se **ordene** a Colpensiones a reactivar su afiliación al RPM; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°03- 31 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació el 27 de junio de 1960; que cotizó al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 29 de septiembre de 1978, hasta el 30 de noviembre de 1998 acumulando 954 semanas; que el 01 de julio de 1999, se trasladó a

Porvenir S.A., entidad a la cual continúa vinculado; que cuenta con un total de 2.030 semanas cotizadas en el Sistema General de Seguridad Social en pensiones; que al corte del 30 de junio de 2020, tenía un saldo ahorrado de \$1.172.879.497; que según proyección pensional efectuada por Porvenir, su mesada pensional ascendería a \$4.355.077; que para el 30 de junio de 2020 su ingreso base de liquidación ascendía a \$13.657.638; que en Colpensiones su mesada ascendería a \$10.536.683.

Refirió que, al momento de efectuar el traslado de régimen pensional Porvenir S.A. no le informó de manera completa, detallada y veraz acerca de las reales implicaciones de realizar tal acto, que no le expusieron las ventajas o desventajas de tal cambio como tampoco le efectuaron una proyección pensional; que el día 13 de octubre de 2020, presentó a Colpensiones la reclamación administrativa a efectos de que se anulara su vinculación al RAIS y se le trasladara al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por esta entidad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 04 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 27 de junio de 1960; que cotizó al Sistema de Seguridad en Pensiones con el ISS desde el 29 de septiembre de 1978, hasta el 30 de noviembre de 1998, acumulando 954 semanas y que el día 13 de octubre de 2020, el demandante presentó a Colpensiones la reclamación administrativa a efectos de que se anulara su vinculación al RAIS y se le trasladara al RPM, la cual fue contestada de manera negativa por esta entidad. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos y que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 1 a 33 archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 27 de junio de 1960; que se trasladó a Porvenir con fecha de efectividad el 01 de julio de 1999; que a la fecha de la presentación de la demanda el actor continuaba afiliado a la AFP. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de marzo de 2023 (archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor JAIRO FARÍAS GUERRERO identificado con C.C. No. 19.397.751, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. suscrita el 14 de mayo de 1999 con fecha efectividad del 1° de julio de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor JAIRO FARÍAS GUERRERO identificado con C.C. No. 19.397.751, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor JAIRO FARÍAS GUERRERO identificado con C.C. No. 19.397.751, y devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar la afiliación del señor JAIRO FARÍAS GUERRERO identificado con C.C. No. 19.397.751, y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, y el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por la parte demandada COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500.000. Sin costas a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que en este caso estaba fuera de discusión que el demandante nació el 29 de junio de 1960; que cotizó ante el ISS 954,14 semanas entre el 29 de septiembre de 1978 y el 30 de noviembre de 1998; que el actor contaba con un total de 2.033 semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social; que éste se trasladó al RAIS con Porvenir el 14 de mayo de 1999, con fecha de efectividad del 01 de julio de 1999.

Como fundamentos normativos, aludió a los artículos 11, 13, 32, 60 y 71 de la Ley 100 de 1993, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 656 de 1994, y el 1746 del Código Civil, en los que se determinaba que los afiliados al Sistema General de Seguridad Social debían seleccionar de manera libre y voluntaria el régimen al que desearan pertenecer y que debían contar con la información suficiente para escoger el régimen que mejor se adaptara a sus intereses y necesidades.

Adujo también que, la Corte Suprema de Justicia, en múltiples sentencias, entre ellas la CSJ SL14292-2019 estableció que el acto de traslado debía corresponder a una decisión libre y voluntaria dentro de los parámetros de la libertad informada y que en tal sentido no bastaba con diligenciar un formato de afiliación que incluyera cláusulas genéricas, sino que lo importante era que el afiliado contara con elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada; que igualmente la Corte en sentencia CSJ SL1688 – 2019 dispuso que la obligación de efectuar una debida asesoría al afiliado y de suministrar una información completa y veraz existía desde la creación misma de las AFPs.

Expuso que, en el caso que nos ocupa el demandante estaba inicialmente vinculado al RPM y que se trasladó al RAIS con Porvenir el 14 de mayo de 1999, con fecha de efectividad del 01 de julio de 1999; que sobre tal traslado el único documento soporte era un formulario de afiliación del que no se podía extraer que al actor se le hubiese brindado una información clara, suficiente y comprensible en los términos previamente indicados, de ahí que debiera considerarse que el fondo incumplió la carga demostrativa que le incumbía.

Por las razones expuestas, estimó que era procedente declarar la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS y en consecuencia privar de todo efecto práctico el traslado inicial, bajo la ficción jurídica de que tal acto nunca ocurrió y que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Para tal efecto refirió que la decisión de la Juez de primera instancia afectaba la sostenibilidad del sistema, debido a que Colpensiones tendría que reconocerle una pensión a una persona que por casi 20 años no cotizó al régimen público, en perjuicio de los afiliados que han permanecido de manera ininterrumpida. Preciso también que el a quo no tuvo en cuenta que en este caso el demandante era una persona absolutamente capaz, consciente y que podía autodeterminarse en el momento en que

escogió el RAIS, de manera que no se configuraba ningún vicio en el consentimiento que diera lugar a declarar nulidad o ineficacia alguna, por lo que no se presentaban los supuestos de hecho necesarios para dar aplicación a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, refirió que las obligaciones a cargo de la AFP relacionadas con el deber de información y la carga de tener que acreditarlo surgió con posterioridad al momento en que el actor efectuó el cambio de régimen, por lo que no podía exigírsele tal asunto a la demandada.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara la decisión en su integridad, argumentado que, si bien era cierto que existía una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos del traslado por las faltas al deber de información, la Corte había aclarado que la aplicación de esa línea debía atender a las condiciones de cada caso, y que, en el caso bajo análisis no era posible aplicarla debido a que el demandante se afilió de manera libre, voluntaria e informada, con sustento en las cargas impuestas a las AFP para el año 1999. Indicó que, el juez está desconociendo el principio de irretroactividad de la Ley y pasó por alto que el demandante, en su condición de consumidora financiera, debió actuar con diligencia e informarse sobre las implicaciones del traslado, máxime cuando todas las características de los regímenes pensionales estaban reguladas por Leyes de acceso público. A su vez, argumentó que se debía tener en cuenta que el demandante tuvo una vinculación con la entidad por espacio de 20 años, sin que hubiese presentado reclamación alguna o haya manifestado su intención de retornar al RPM. Adujo que la confesó que conocía de las características del RAIS al rendir su interrogatorio y que, en el caso se evidenciaban actos de relacionamiento que daban cuenta que ella ratificó su deseo de pertenecer al RAIS.

Frente a la condena de reembolsar gastos de administración, cuestionó que no resultaba coherente que se declarara la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que el efecto de dicha figura era que el negocio no se había celebrado jamás, en este sentido, se debía entender que los frutos dados o rendimientos generados por la gestión de Porvenir S.A. no se generaron, por lo que era procedente ordenar el reembolso de estos valores. Destacó también que, al ser los rendimientos financieros exclusivos del RAIS, ello significaría que no se generarían en el RPM, por lo que no deberían ser devueltos y, de ser así, se produciría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones. Preciso que de llegarse a mantener la decisión de declarar ineficaz el traslado, el Tribunal debía ordenar las restituciones mutuas por concepto de la compensación económica a favor de Porvenir S.A, entre los rendimientos generados y los gastos de administración, indicando además que tampoco era dable ordenar la indexación de las sumas, pues los rendimientos entregados superaban la depreciación del dinero en el tiempo. Finalmente, arguyó que las primas de los seguros previsionales

no podían ser devueltas debido a que las coberturas de las pólizas fueron debidamente otorgadas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **JAIRO FARÍAS GUERRERO** nació el día 27 de junio de 1960 (f° 42, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 29 de septiembre de 1978 hasta el 30 de noviembre de 1998, acumulando un total de 954,14 semanas (archivo GRP-SCH-HL de la carpeta expediente administrativo 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el 14 de mayo de 1999, a través de formulario de afiliación solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de julio de 1999** (f° 33 y 66 archivo 06 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliado.

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que adicionalmente, el demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su

consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación,

prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de julio de 1999** -, la obligación de la AFP Porvenir S.A.

se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra formulario de solicitud de afiliación a Porvenir S.A., de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que de los mismos pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Frente al reparo formulado por Colpensiones y por Porvenir según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFPS suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está

llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), conforme lo ordenó la Juez de primera instancia, por lo que se deberá confirmar la decisión en su integridad.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que al respecto formuló Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae

consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que no le asiste razón a Colpensiones en los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Respecto de las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones y de Porvenir, como quiera que no prosperaron los recursos formulados.

En mérito de lo expuesto, el 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 apelada y consultada proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá del 09 de marzo de 2023

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir, la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501920140075701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LEONOR JULIA MARÍA RODRÍGUEZ GUZMÁN
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Leonor Julia María Rodríguez Guzmán** se **declare** que, por haber compartido lecho, techo y mesa desde el 16 de diciembre de 1953, hasta el 11 de agosto de 1977, adquirió la calidad de compañera permanente supérstite del señor Luis Alberto Forero Tovar. En consecuencia, se **condene** a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes desde la fecha de fallecimiento del causante, esto es a partir del 11 de agosto de 1977, junto con el pago de intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas pensionales adeudadas y hasta el momento en ingrese y pague la nómina de pensionados, al pago de costas y agencias en derecho, a lo que

resulte probado ultra y extra petita, y a la indexación de las condenas (f° 6 a 8 y 211 a 212, exp. Físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 4 a 6 y 206 a 209, exp. físico), señaló en síntesis, que mediante resolución 9546 del 11 de diciembre de 1973, le fue reconocida la pensión de vejez al señor Luis Alberto Forero Tovar, quien falleció el 11 de agosto de 1977; que conforme a la anotación marginal que se observa en la partida de bautismo, el causante contrajo matrimonio con la señora Josefina Barreto; sin embargo, nunca convivió con ella, ni tuvieron hijos, desconociéndose actualmente su paradero.

Narró que, convivió como compañera permanente del señor Luis Alberto desde el 16 de diciembre de 1953, hasta el día de su fallecimiento, con quien procreó 5 hijos; que mediante resolución No. 13079 del 30 de noviembre de 1977, únicamente se le reconoció la pensión de sobrevivientes a sus hijos, siendo negado a su favor bajo el argumento de que el señor Forero Tovar se encontraba casado.

Agregó que, ante la negativa de la entidad elevó una nueva solicitud el 8 de marzo de 1993, la cual se resolvió mediante auto de archivo 020 del 11 de abril de 1997, en que nuevamente se negó el derecho, el 24 de marzo de 2011, presentó otra solicitud adjuntando las pruebas pertinentes para adquirir el derecho, la accionada a través de resolución 19800 del 28 de mayo de 2012, otra vez se abstuvo de reconocer la pensión, fundamentándose en el vínculo matrimonial que había tenido el causante.

Por último, indicó que es tan claro el derecho que tiene a su favor que el propio ISS por intermedio del Director Jurídico Nacional de la época Doctor Sergio Hernando Colmenares Porras emitió concepto 014060 del 19 de noviembre de 2008, en la cual se dejó establecido que sí era procedente el reconocimiento de la prestación solicitada.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 191 a 199 y 228 a 243, exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó reconocimiento del derecho pensional a favor del causante, fecha de fallecimiento del señor Forero Tovar y calidad de cónyuge de la señora Josefina Barreto, negación del

derecho pensional a favor de la demandante y las razones que lo fundamentaron. Respecto de los demás hechos dijo no constarle los numerales 4 a 9, 10, 12, 14, 20, 23 y 24, y no ser ciertos los restantes.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, deducción de pagos realizados y la innominada o genérica.

La Juez mediante auto del 6 de mayo de 2016, accedió a la solicitud de integración en litis consorcio necesario de la señora Josefina Barreto, solicitado por Colpensiones (f° 245 a 246). A través de auto del 4 de febrero de 2019, se ordenó emplazamiento de la señora Barreto y se designó curador ad litem ante la imposibilidad de lograr su ubicación para ser notificada del auto admisorio de la demanda.

El curador adlitem designado dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos aceptó los consagrados en los numerales 1 a 3, frente a los demás dijo no constarle. Propuso como excepción de fondo, la de inexistencia del derecho o de una relación de pareja que lleve a declarar que fueron compañeros permanentes.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de noviembre de 2021 (f° 310 CD, f° 311 a 312, exp. físico), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora LEONOR JULIA MARÍA RODRÍGUEZ con cédula de ciudadanía No. 20.154.296 es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes conforme lo dispone el Decreto 232 de 1984, con ocasión al fallecimiento del señor Luis Alberto Forero (q.e.p.d), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora LEONOR JULIA MARÍA RODRÍGUEZ GUZMÁN, en calidad de compañera supérstite en un 100% a partir del 16 de octubre de 2011, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de ley. Las sumas reconocidas deberán ser indexadas mes a mes hasta el momento del pago conforme al IPC certificado por el DANE, con el fin de compensar los

daños por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia; ningún reconocimiento se surtirá en favor de la integrada al contradictorio señora JOSEFINA BARRETO, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: COSTAS lo serán a cargo de parte demandada, liquídese por Secretaría.

Para Fundamentar su decisión, indicó que frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada debía analizarse conforme a la normatividad vigente para la fecha del fallecimiento del causante, que había acaecido el 11 de agosto de 1977, siendo entonces la norma aplicable el Decreto 3041 de 1966, modificado por el Decreto 232 de 1984; resaltando que para la fecha de deceso del causante aún no se había promulgado el Acuerdo 049 de 1990, y los decretos mencionados no establecían como beneficiarios de la pensión a los compañeros o compañeras permanentes, únicamente hacía referencia a la cónyuge supérstite, frente a lo cual debía tenerse en cuenta lo adoctrinado por la Corte Constitucional en sentencia T 441 de 2011, en donde se establecía que las pensiones que se debían estudiar con normas anteriores a la constitución de 1991, en donde no se le reconociera el derecho a los compañeros permanentes, el estudio de la prestación de sobrevivientes debía hacerse bajo los requisitos de la Ley 797 de 2003.

Sostuvo que, en el caso de las pensiones a cargo del ISS, la Ley 90 de 1946, establecía a favor de la compañera permanente el derecho a la pensión de viudedad denominado después de sobrevivientes, en los siguientes casos: i) que el afiliado no hubiera dejado cónyuge supérstite; ii) la reclamante hubiera hecho vida marital durante los 3 años anteriores a la muerte de su compañero, a menos que hubieran procreado hijos comunes; iii) que ambos se hubieran mantenido solteros durante el concubinato.

Manifestó que, esa disposición no había sido modificada por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3049 de ese año, ni derogados por el Decreto 433 de 1971, trayendo a colación sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral

de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con el tema, como la sentencia CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 37552, entre otras.

Concluyó que, existía fuente normativa que consagraba el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de los compañeros permanentes y en esa medida procedía a verificar las condiciones señaladas en el artículo 55 de la Ley 90 del 1946, en armonía con el artículo 62 ibídem, a fin de establecer si la actora era beneficiaria de la prestación, considerando que de las pruebas recaudadas dentro del plenario, se acreditaba su calidad de compañera permanente del causante como su convivencia, por lo tanto, le asistía derecho a pensión.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que el derecho se hizo exigible el 11 de agosto de 1977, la demandante reclamó el 28 de marzo de 2011, y la demanda se radicó el 16 octubre del año 2014, transcurriendo más de los 3 años entre la fecha de la exigibilidad y la fecha de la reclamación, circunstancia por lo cual había operado el fenómeno prescriptivo, en consecuencia, debía reconocerse las mesadas pensionales a partir del 16 de octubre del año 2011.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación, argumentando que el fallecimiento del causante Alberto Forero Tovar había sucedido el 11 de agosto de 1977, fecha para la cual se encontraba disfrutando de la pensión de vejez, siendo la normatividad aplicable para el caso de la pensión de sobrevivientes el Acuerdo 224 de 1966 y el Decreto 3041 del mismo año, en concordancia con la Ley 90 de 1946 y la Ley 33 de 1973, normatividades que únicamente reconocían la prestación para la cónyuge supérstite, para lo cual era importante tener en cuenta que la demandante había dicho que era la compañera permanente del causante, situación que permitía inferir que no tenía derecho al reconocimiento pensional, frente a lo cual debía tenerse en cuenta lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C - 763 de 2002, en la cual se establecía: *«la ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y está íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración»*.

Dijo que, no era dable en este caso traer una ley posterior para tratar de beneficiar a la compañera permanente; que en el entendido de que se diera aplicación a las sentencias traídas a colación por la Juez, debía tenerse en cuenta que de acuerdo con lo consagrado en el Acuerdo 232 de 1984, allí se establecen dos condiciones para otorgar la pensión a la compañera permanente y una de ellas es que el causante no estuviera casado y que los dos compañeros se mantuvieran solteros, debiéndose tener en cuenta que en este asunto existe un registro civil de nacimiento del causante Alberto Fredo Tovar en el cual aparece una anotación con vínculo matrimonial con la señora Josefina Barreto, documento que goza de plena validez y así se mantuvo hasta su último día de su vida, lo cual permitía inferir que sí existía un vínculo matrimonial que no daba lugar a que le fuera reconocida la pensión de sobreviviente a favor de la demandante.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala de decisión a determinar lo siguiente: **i)** si la demandante Leonor Julia María Rodríguez tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente del señor Luis Alberto Forero Tovar; **ii)** en caso afirmativo, se verificará si operó o no el fenómeno prescriptivo; **iii)** y si hay lugar a la indexación de las condenas.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Luis Alberto Forero Tovar falleció el 11 de agosto de 1977 (f° 28 y 29, exp. Físico); **ii)** que el ISS le reconoció al causante la pensión de vejez mediante resolución 9546 del 11 de diciembre de 1976, en cuantía de \$8.660 a partir del 18 de junio de 1973 (f° 24, exp. físico); **iii)** que mediante resolución 13079 del 30 de noviembre de 1977, el ISS le reconoció a favor de los hijos del causante con la

demandante la pensión de sobrevivientes, negando el derecho pensional a favor de la señora Leonor Julia María Rodríguez en su calidad de compañera permanente (f° 41, exp. Físico); **iv)** que el 8 de mayo de 1993, la actora nuevamente solicitó el reconocimiento de la pensión, la cual fue negada mediante documento con número 937381 expedido por el ISS (f° 34 y 60, exp. Físico); **v)** que el 5 de enero de 1997, la demandante elevó otra solicitud ante la entidad demandada para el reconocimiento pensional, que se resolvió desfavorablemente a través de la resolución 020 del 11 de abril de 1997 (f° 74, exp. físico); **vi)** que los días 28 de marzo y 3 de mayo de 2011, nuevamente solicitó el reconocimiento de la pensión, siendo nuevamente negada mediante resolución 19800 del 28 de mayo de 2012 (f° 104 a 106, exp. Físico); y **vii)** que en la partida de bautizo del señor Luis Alberto Forero Tovar aparece anotación marginal en la que indica que contrajo matrimonio con la señora Josefina Barreto el 3 de enero de 1953 (f° 62, exp. Físico).

i) Pensión de sobrevivientes

Empieza la Sala por señalar que la norma aplicable es aquella vigente al momento del deceso del pensionado y/o afiliado, por manera que al no existir controversia respecto de que el señor Luis Alberto Forero Tovar falleció el 11 de agosto de 1977, no hay duda de que el precepto normativo que gobierna el caso es el literal b) del artículo 20 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, en concordancia con los preceptos 55 de la Ley 90/46, y el 1° de la Ley 12 de 1975, pues esta última normatividad fue la que reguló el derecho de la compañera permanente de sustituir las pensiones de los trabajadores del sector público y privado, la cual se encontraba vigente para el momento del deceso del causante; normatividad que consagró:

Artículo 55. *para los efectos del Artículo anterior, los ascendientes legítimos y naturales del asegurado tendrán unos mismos derechos, siempre que, por otra parte, llenen los requisitos exigidos en su caso; y a falta de viuda, será tenida como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieran permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, solo tendrá un derecho proporcional las que tuviere hijos del difunto.* (Negrilla fuera del texto original).

Artículo 1º.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Dicha normatividad también es aplicable a los casos de los pensionados fallecidos, tal y como lo interpretó la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 25920, en la cual dijo:

Y es que no aparece argumento lógico alguno que indique que el legislador, al expedir el artículo 1 de la Ley 12 de 1975, hubiere pretendido establecer un tratamiento preferente para la compañera permanente del trabajador que fallecía con el tiempo de servicio necesario para adquirir la pensión pero sin cumplir la edad, frente aquella cuyo compañero moría ya pensionado o con derecho a la pensión.

Dicho Criterio se reiteró por esa misma Corporación en la sentencia CSJ SL4200-2016, al señalar:

Es cierto, como lo pone de presente el opositor, que dicha previsión literalmente cobija a las viudas o compañeras permanentes de los trabajadores que hubieren fallecido una vez cumplido el tiempo de servicios, pero sin la edad legal o convencional. Sin embargo, esta Corte en sentencia CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 25920, interpretó nuevamente esta disposición para incluir en ella a las supérstites de los pensionados o con derecho a la pensión de jubilación.

En efecto, en la prenombrada providencia, esta Sala haciendo uso de un argumento a fortiori, consideró que si el derecho a la sustitución estaba consagrado en favor de la cónyuge o compañera permanente de los trabajadores que les faltaba la edad legal o convencional para adquirir el derecho, con mayor razón debía otorgarse en el evento de la muerte de quien reúne la totalidad de las condiciones pensionales o se encuentra pensionado. Expuesto en otros términos, si el derecho se concede en favor de la beneficiaria del causante que no alcanzó a completar los requisitos de jubilación, lógicamente (sic) debe reconocerse a la beneficiaria de quien los tenía completos. Para más ilustración, esto dijo la Corte:

Si como se ha estimado, no existe fundamento lógico para que el legislador discrimine a la compañera del pensionado fallecido, frente a la del trabajador que perece sin cumplir la edad necesaria pero con el tiempo de servicios mínimo, es claro para la Sala que existe un vacío legislativo, pues tal omisión de regulación no obedece a una intención clara y definida, sino a una falta de previsión que, por mandato del artículo 19 del C. S. T., debe ser corregida por el intérprete con los instrumentos de integración normativa que le ofrece esta disposición, y que se supera mediante el razonamiento lógico, según el cual si la compañera permanente tiene derecho a disfrutar de pensión de su compañero, cuando éste fallece teniendo el tiempo de servicio mínimo requerido para acceder al derecho pero sin cumplir la edad, con mayor razón

tendrá derecho, la compañera permanente de quien fallece no solo con el tiempo de servicios cumplido sino además la edad, pues en este último evento se colman cabalmente, y aún más allá, las exigencias fácticas mínimas requeridas por la norma para acceder al derecho.

En el presente asunto se tiene que para el estudio de los requisitos de la sustitución pensional a favor de la compañera permanente la Juez hizo referencia a los consagrados en el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, lo cual resultaría igualmente procedente, pues así también lo enseñó la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, al indicar que tal disposición no fue modificada por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, ni derogada por el Decreto 433 de 1971, como tampoco desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 12 de 1975, tal y como se dijo en sentencia CSJ SL4200-2016, en la que expresó: *«Este condicionamiento no desapareció con la entrada en vigencia de la L. 12/1975, pues si bien esta normativa estableció por primera vez el derecho de las compañeras permanentes de sustituir las pensiones de jubilación a cargo directo de los empleadores del sector público y privado, para el caso del Instituto de Seguros Sociales, debe ser vista como una ratificación de una regulación ya existente en punto a las prerrogativas de dichas mujeres [...]»*

Dicho razonamiento fue reiterado por ese Órgano de cierre, en la sentencia CSJ SL1060-2023, donde expresó:

Así las cosas, esta Sala debe recordar que cuando se trata de pensión de sobrevivientes, la norma que rige el derecho pensional es la vigente a la fecha de ocurrencia de la muerte del pensionado o afiliado. Por tanto, conforme a vetusto criterio jurisprudencial, el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, deviene aplicable en el esclarecimiento de controversias relacionadas con el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes a favor de compañeras permanentes de conformidad con los reglamentos del seguro, por remisión expresa del artículo 62 ibidem que disponía: «las pensiones de viudedad y orfandad les será aplicable la disposición del artículo 55», eso sí en los casos en que el aludido fallecimiento haya acaecido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha sostenido, igualmente la H. Corte Constitucional al señalar en la Sentencia C-482-98 lo siguiente:

*[...]esta Corporación ha señalado ya en distintas ocasiones que la Corte no puede declararse inhibida para conocer sobre demandas relativas a normas derogadas, en los casos en los que esas normas siguen produciendo efectos en el tiempo. Esa es precisamente la situación que se presenta con el texto legal demandado. **Si bien la norma ya ha sido derogada, ella sigue regulando el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes en favor de los compañeros permanentes, en los casos en los que los fallecimientos han acaecido antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.** (Negrilla por la Corte)*

En esa misma senda, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de esta Corte ha entendido que el citado precepto normativo -artículo 55 de la Ley 90 de 1946- continuó vigente aún después de la reglamentación que de la pensión de sobrevivientes se hizo en el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, y de la expedición del Decreto Ley 433 de 1971. En vista que la tesis vertida en la Ley 90 de 1946 es la genitora de la discrepancia puesta a consideración de esta Corporación, la Sala se remite, puntualmente, al texto del art. 55 ibidem, donde se dispuso:

Artículo 55. *para los efectos del Artículo anterior, los ascendientes legítimos y naturales del asegurado tendrán unos mismos derechos, siempre que, por otra parte, llenen los requisitos exigidos en su caso; y a falta de viuda, **será tenida como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieran permanecido solteros durante el concubinato**; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, solo tendrá un derecho proporcional las que tuviere hijos del difunto. <Aparte tachado INEXEQUIBLE>*

*La negrilla y resaltado es de la Sala, para destacar, en punto a la citada preceptiva, que esta Corporación tiene adoctrinado de manera pacífica y reiterada que la aludida norma, concordada con los artículos 59 y 62 ibidem, previó el derecho a la pensión de, instituyendo, entre otros derechohabientes, a las viudas y las compañeras permanentes del asegurado fallecido con el cumplimiento de los requisitos de aportaciones respectivo. Para las primeras -viudas-, bastaba tener tal condición al momento del óbito, aunque en el evento de contraer nuevas nupcias su derecho pensional se reemplazaba por tres anualidades de la pensión reconocida, y se extinguía si recibía de otra persona lo necesario para su subsistencia. **En cambio; la vocación como derechohabiente de las compañeras permanentes estaba condicionada a que faltara la viuda y a la vida marital con el causante durante los tres años anteriores a su deceso, requisito que no era menester acreditar si había hijos comunes entre las concubinas solteras.** (CSJ SL 10634, 17 jun. 1998).*

Como miras de resolver la litis planteada, sostiene el recurrente que no hay lugar a reconocer la prestación reclamada como quiera que aún permanece vigente la calidad de cónyuge de la señora Josefina Barreto de acuerdo a la nota marginal de la partida de bautismo del señor Luis Alberto Forero Tovar, de manera que no se acreditaba el requisito consagrado en las normas aludidas, pues era indispensable que faltare la viuda o cónyuge supérstite, para que la compañera permanente pudiese acceder al derecho pensional.

Sobre el particular, la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1730-2022, donde rememoró la CSJ SL4200-2016, indicó:

El juzgador de la alzada estimó que en el presente asunto resultaba aplicable

la Ley 90 de 1946, por cuanto se encontraba vigente cuando se produjo el deceso del causante y, al ir a abordar su estudio bajo la égida de tal disposición, consideró que la actora no era destinataria de la pensión de sobrevivientes, al haber dejado el causante cónyuge supérstite, quien tenía un derecho prevalente y excluyente frente a la compañera permanente.

La censura controvierte los razonamientos del Tribunal argumentando, en esencia, que si bien el artículo 55 de la Ley 90 de 1946 advertía un derecho prevalente y excluyente a favor de la cónyuge supérstite, hoy la interpretación de la citada disposición debe hacerse bajo el principio de favorabilidad consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política, puesto que los derechos de las compañeras permanentes se encuentran en un plano de igualdad frente a los derechos de las cónyuges supérstites.

Así las cosas, resulta pertinente señalar que según la jurisprudencia de la Corte, el artículo 1 de la Ley 12 de 1975 mantuvo el carácter supletorio del derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de las compañeras permanentes, supeditado a la falta de cónyuge supérstite, conforme lo consagrado por el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, normativa vigente para la fecha del óbito del causante (17 de noviembre de 1986). En efecto, en la sentencia CSJ SL4200-2016, así se pronunció la Sala:

Como se explicó en precedencia, a la luz del art. 55 de la L. 90/1946, en armonía con el 62 ibídem, la prestación de sobrevivientes en favor de la compañera permanente estaba supeditada, entre otras, a la falta de cónyuge supérstite. Es decir, su derecho tenía un carácter supletorio frente a la cónyuge supérstite.

Este condicionamiento no desapareció con la entrada en vigencia de la L. 12/1975, pues si bien esta normativa estableció por primera vez el derecho de las compañeras permanentes de sustituir las pensiones de jubilación a cargo directo de los empleadores del sector público y privado, para el caso del Instituto de Seguros Sociales, debe ser vista como una ratificación de una regulación ya existente en punto a las prerrogativas de dichas mujeres. A ese respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 31613, estimó que la L. 12/1975 no «varió el derecho condicional de la mujer no casada».

El anterior criterio fue memorado recientemente por la sentencia CSJ SL2469-2021, en donde la Sala, además, indicó:

Así las cosas, aunque el Tribunal se equivocó al resolver el caso bajo estudio, bajo los derroteros del artículo 55 de la Ley 90 de 1946, pues la norma vigente para la data en que acaeció el deceso del causante de la prestación, era la Ley 12 de 1975, ello a nada conduciría, por cuanto como quedó visto, el requisito para que la compañera permanente fuera titular de la pensión de sobrevivientes relativo a «la falta de cónyuge supérstite», no desapareció con su entrada en vigencia.

Ahora bien, frente al argumento de derecho a la igualdad entre cónyuges supérstites y compañeras permanentes, es pertinente advertir que desde la expedición la Ley 90 de 1946 se consagró para las compañeras permanentes el derecho a la pensión de viudedad, hoy de sobrevivientes, a condición de que: i) el afiliado no hubiere dejado cónyuge supérstite; ii) el finado y su derechohabiente se mantuvieron solteros durante el «concubinato»; iii) la reclamante hubiere hecho vida marital durante los tres años anteriores a la muerte de su compañero, a menos de que hubieran procreado hijos comunes; disposición que si bien, reglamentó las pensiones

originadas por el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, era aplicable a las pensiones de sobrevivientes por muerte de origen común, en armonía con el artículo 62 ibídem, preceptos que, en todo caso, no fueron modificados por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, ni derogados por el Decreto 433 de 1971.

En efecto, aunque existe toda una batería normativa y desarrollo jurisprudencial en torno al derecho que le asiste a las compañeras permanentes de acceder a la pensión de sobrevivientes, lo cierto es que, como se explicó en precedencia, a la luz del artículo 55 de la Ley 90 de 1946, en armonía con el artículo 62 ibídem, la prestación de sobrevivencia en favor de la compañera permanente para ese momento histórico estuvo supeditada, entre otras, a la falta de cónyuge supérstite y, además, si se comprobare que la compañera permanente también convivía con el causante al momento de su fallecimiento se estaría frente a una situación de convivencia simultánea, situación por cierto probable en este caso, dado que aquél se encontraba casado con María Lucía Herrera de Henao, con quien convivía, como lo determinó el ISS al reconocerle a esta última la pensión de sobrevivientes.

Sin embargo, el suceso de la convivencia simultánea como acontecimiento previsible por la seguridad social con el fin de concebir la coexistencia de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes, cónyuge y compañera permanente, solo vino a ser consagrado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, bajo el sistema general de pensiones configurado a partir de la consagración constitucional del derecho a la seguridad social previsto en artículo 48 de la Carta del 91, no siendo posible su aplicación a situaciones acaecidas con anterioridad, pues, tratándose de la pensión de sobrevivientes, la normativa aplicable es la vigente al momento de la defunción del causante de la misma, que para el caso es la prevista por el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año y la Ley 12 de 1975, por haberse producido el fallecimiento en vigencia de esta regulación previsional.

De otro lado, como también se pregonaba por la censura que no debe ser aplicado el derecho supletorio de la compañera permanente frente a la cónyuge supérstite y para ello se invoca el principio de favorabilidad establecido por el artículo 53 de la Constitución Política, ha de tenerse en cuenta que la Corte, en sentencia CSJ SL982-2021, enseñó que tal proceder no es posible, pues,

Con ello, olvida la censura que ante la claridad de la interpretación de la norma en comento, el Tribunal no estaba habilitado para acudir al principio de favorabilidad constitucional, pues este solo es aplicable cuando existe una duda real, seria, auténtica y objetiva que genere dos comprensiones o más de la misma norma (in dubio pro operario) o se esté ante dos o más normas aplicables (regla más favorable), caso en el cual se debe optar por la interpretación o aplicación más favorable a la parte débil de la relación de trabajo.

Importa anotar, adicionalmente, que no le asiste razón a la censura en invocar la rectificación jurisprudencial contenida en la sentencia CSJ SL672-2021 y, con base en ella, pretender la aplicación del principio de favorabilidad para resolver la solicitud prestacional deprecada, pues, en esa oportunidad, la Corte no se enfrentó al fenómeno de la aplicación más favorable de la norma, sino a la existencia de un vacío legislativo, respecto de los destinatarios la sustitución de la pensión de jubilación consagrada en el 1 de la Ley 12 de 1975, al estar dirigida a «El cónyuge supérstite o la compañera permanente», omitiendo incluir al compañero permanente (hombre), laguna o vacío que llenó de acuerdo con los parámetros del artículo 19 del Código

Sustantivo del Trabajo y, de esa forma, excluir el elemento descalificador por el simple hecho de ser hombre.

De consiguiente, la actora no tiene derecho a la pensión reclamada, pues es un hecho aceptado que al momento del fallecimiento de Oscar Henao Chica éste se encontraba casado con María Lucía Herrera de Henao, por lo que era ésta quien tenía un derecho prevalente y excluyente a la prestación de sobrevivientes, como en efecto resultó al serle reconocido por el ISS al comprobar la acreditación de los requisitos, entre otros, el de la convivencia con aquél.

Bajo tal entendido, si bien el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, consagró el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de las compañeras permanentes, en armonía como lo establecido en el artículo 62 ibídem, lo cierto es que dicho derecho estaba supeditado a la falta de cónyuge supérstite, condicionamiento que no desapareció con la Ley 12 de 1975, pues tal y como se anunció en las sentencias previamente citadas dicha normatividad debe ser vista como una ratificación de una regulación ya existente, por lo cual teniendo en cuenta el criterio actual de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral la señora Leonor Julia no tendría derecho a la pensión de sobrevivientes que persigue.

No obstante, se advierte que la Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el tema, tomando una postura diametralmente opuesta a la enseñada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; es así como en la sentencia **SU 454-2020**, explicó:

1. ^{“1 En tratándose de la pareja del de cujus como acreedora de la sustitución pensional, ciertos cuerpos normativos expedidos en vigencia de la Constitución derogada de 1886 introdujeron el derecho a la prestación sustitutiva pero de manera precaria en la medida en que excluyeron de su titularidad a las compañeras permanentes o, por regla general, privilegiaron de forma exclusiva a las cónyuges supérstites.² A contrario sensu, dicho panorama de desprotección no gobernó la consagración del derecho a la sustitución pensional al amparo del orden constitucional vigente.³ En aplicación de la cláusula de no discriminación por razón del origen familiar}

¹ Sentencia SU-574 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, replicando lo dicho en la Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

² Como se reconoció en la Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: “En materia de sustitución pensional, con anterioridad a la ley 100 de 1993 el ordenamiento jurídico colombiano ofrecía una protección precaria a los compañeros permanentes. Así, en algunos casos excluía definitivamente a este tipo de parejas de la referida prestación, mientras que en otros subordinaba su otorgamiento a la falta de cónyuge supérstite.”

³ Al respecto, en la Sentencia T-190 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz se advirtió: “La Constitución de 1991 vino a recoger la ya larga tendencia legislativa que reconoce derechos a la compañera permanente por la muerte del trabajador, en la medida que otorga protección integral a todas las familias, bien sea que estén constituidas por vínculos naturales o jurídicos.” El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales” puso fin a la discriminación en materia prestacional contra las personas que conviven en unión

consignada expresamente en el artículo 13 de la Carta Política de 1991 se contempló el tratamiento igualitario para las parejas constituidas tanto por vínculos naturales como jurídicos sin prever diferenciaciones de ninguna naturaleza al momento de valorarse el acceso a la prestación.⁴ Tal postura se afincó, a su vez, en el contenido normativo de los artículos 5⁵ y 42 superiores.⁶

2. Con el propósito de armonizar las normas excluyentes que venían maltratando a un segmento de la población con las disposiciones constitucionales actuales fundadas en un espíritu garantista, **esta Corporación fijó el criterio de la aplicación retrospectiva de la Constitución de 1991. Así las cosas, las situaciones jurídicas en las cuales la garantía prestacional en discusión inició su configuración estando en vigor la Constitución de 1886 y sus efectos continuaron produciéndose en vigencia de la norma fundamental actual, deben ser juzgadas de conformidad con sus postulados.⁷ Esto implica que los requerimientos prestacionales impetrados por compañeras permanentes cuyas parejas fallecieron en vigencia de la Carta derogada y, por consiguiente, causaron el derecho a la sustitución pensional, no pueden ser negados por las entidades y autoridades responsables con fundamento en normas que, conforme a una interpretación literal, las excluyen del acceso al beneficio. Les corresponde enjuiciar tales solicitudes entendiendo que la protección que el ordenamiento legal le otorga a la cónyuge sobreviviente comprende en los mismos términos materiales a la compañera permanente pues, de lo contrario, se mantendrían los efectos discriminatorios que se buscaron eliminar con el nuevo orden constitucional.⁸** En otras palabras, deben incorporar dentro del ámbito de aplicación de las normas que consagran la prestación a favor de la cónyuge a las compañeras permanentes que aún no gozan de la subrogación de la pensión reconocida en vida a sus parejas y que han permanecido en un estado de desamparo.⁹

marital de hecho y sobre esta realidad erigen una familia.

⁴ Al respecto, en la Sentencia C-1033 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño se dijo: “la igualdad que propugna la Carta entre las uniones familiares surgidas de vínculos naturales y la conformada por vínculos jurídicos, abarca no sólo al núcleo familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo componen, puesto que estas disposiciones guardan íntima relación con el artículo 13 Superior, que prescribe: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica (...)” (Subraya la Corte). Por consiguiente, ha señalado esta Corporación que el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él.”

⁵ “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

⁶ “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (...) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.”

⁷ En la Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva se señaló que una postura contraria “permitiría arribar al absurdo de que para [las y los compañeros permanentes] continúa en vigor la Constitución del 86, y no la del 91, lo que de contera apareja la violación del principio de supremacía constitucional de la Carta del 91, y del artículo 380 superior que dispone la derogatoria de la norma fundamental de 1886.” Por ello, agregó: “la situación jurídica de aquellos compañeros permanentes cuyas parejas fallecieron en vigencia de la Carta de 1886 es similar en términos materiales a la posición normativa en que se encuentran las personas beneficiarias de pensionados que murieron en vigencia de la norma fundamental del 91, debiendo preferirse en el caso de los primeros una aplicación retrospectiva de la Constitución del 91 por parte del operador jurídico.”

⁸ Como se mencionó puntualmente en la Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: “Lo anterior, como se observa, se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal sobre la aplicación de la Constitución en el tiempo, en tanto, se itera, “la Corte Constitucional ha señalado que las disposiciones de la Constitución Política de 1991 se aplican retrospectivamente a aquellas situaciones jurídicas que estaban en curso al momento de entrada en vigencia de la nueva Carta.” Es decir, que iniciaron su configuración antes del 7 de julio de 1991, momento en que entró a regir la norma fundamental actual.

⁹ Esta Corporación ha dictado algunos precedentes constitucionales relevantes en los cuales se ha empleado retrospectivamente la Carta Política de 1991 para enjuiciar las peticiones de sustitución pensional impetradas por las o los

3. Para la Corte, una actuación contraria vulnera los derechos a la seguridad social, mínimo vital e igualdad de estas personas. Esto por cuanto no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio, especialmente si tanto las familias surgidas de nexos naturales como las que son producto de relaciones matrimoniales enfrentan iguales desafíos a la muerte de uno de sus miembros y “demandan por ende, requerimientos análogos de protección por parte del Estado Constitucional”¹⁰ para solventar su subsistencia. Por tanto, el vínculo formal constitutivo de la familia, bien sea el matrimonio o la unión marital de hecho, es indiferente para efectos del reconocimiento del derecho lo que, de contera, implica que en aquellos casos en los que, **por ejemplo, surge un conflicto entre la cónyuge y la compañera permanente el criterio que definirá la persona o las personas legitimadas para gozar de la prestación producto del trabajo del ciudadano fallecido será siempre el de la convivencia efectiva al momento de la muerte.**¹¹ **En términos prácticos, el factor material concluyente para establecer quien o quienes tienen la titularidad en estos casos es “el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes.** Es por ello que la ley ha establecido la pérdida de este derecho para el cónyuge supérstite que en el momento del deceso del causante no hiciere vida en común con él, salvo la existencia de justa causa imputable a la conducta del fallecido.”¹² Solo de esta manera, se logran superar las manifiestas injusticias e inequidades con que el ordenamiento jurídico anterior reguló las relaciones entre compañeras permanentes.¹³ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

compañeros permanentes. En efecto, en las sentencias T-1009 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-932 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-584 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-098 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez, la Corte Constitucional determinó expresamente que una entidad obligada a satisfacer el derecho a la sustitución pensional, vulnera las garantías constitucionales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de un compañero o compañera permanente, cuya pareja falleció en vigencia de la Constitución de 1886, cuando niega el reconocimiento de la prestación económica amparado en una norma jurídica que, conforme a una interpretación literal, los excluye del anotado beneficio. Ello por cuanto las peticiones de este grupo de personas deben necesariamente resolverse de conformidad con la cláusula de no discriminación en razón del origen familiar que fue consagrada expresamente en la norma fundamental de 1991. En dichos procesos de tutela la garantía prestacional había iniciado su configuración en vigencia de la Constitución de 1886 en tanto los sujetos asegurados de los cuales se derivó el derecho fallecieron antes del 7 de julio de 1991. Concretamente, el compañero permanente pensionado de las accionantes falleció en los años 1985, 1968, 1970 y 1982, respectivamente. Adicionalmente, en estos pronunciamientos la Corte adoptó dos formas distintas pero compatibles de proteger los derechos conculcados, ambas igualmente razonables y eficaces. En las sentencias T-584 de 2009 y T-098 de 2010 se inaplicaron las normas discriminatorias y, en su lugar, se ordenó reconocer el derecho con fundamento en disposiciones pensionales posteriores del mismo régimen que sí incluían el beneficio prestacional para las compañeras permanentes. A su turno, en las sentencias T-1009 de 2007 y T-932 de 2008 los asuntos fueron resueltos con fundamento en la regla constitucional derivada de los artículos 5, 13 y 42 constitucionales, según la cual, toda norma jurídica que excluya a las compañeras permanentes del derecho a la sustitución pensional debe interpretarse en el sentido de entender que la misma les otorga una protección idéntica a aquella que es conferida en favor de las cónyuges supérstitas.

¹⁰ Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ En estos términos se consagró expresamente en la Sentencia T-190 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Sentencia T-190 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Allí se agregó: “En consecuencia, en el hipotético caso de la negación de este derecho a la compañera permanente bajo el argumento de un vínculo matrimonial preexistente, pero disociado de la convivencia efectiva - v.gr. por el abandono de la esposa debido a la carga que representaba el cónyuge limitado físicamente -, se configuraría una vulneración del derecho de igualdad ante la ley en perjuicio de quien materialmente tiene derecho a la sustitución pensional.”

¹³ Sobre este tema en particular, puede consultarse la Sentencia SU-574 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo que constituye precedente aplicable por su cercanía con la situación fáctica y jurídica que es objeto de examen en esta oportunidad.

Asimismo, en la providencia traída a colación, la Corte Constitucional precisó que en sentencia **SU 574-2019**, ya se había pronunciado en un caso de similares contornos, en donde la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había dado aplicación a la Ley 90 de 1946, en su texto original señalando que el derecho de la sustitución pensional en relación a la compañera permanente tenía carácter supletorio frente a la cónyuge supérstite, de acuerdo a dicho criterio la Sala Plena de la Corte Constitucional, enseñó:

4. *En esta ocasión, la Sala Plena determinó que las accionadas incurrieron en un defecto sustantivo y en un desconocimiento del precedente constitucional al adoptar sus determinaciones ordinarias. Frente al primer yerro, por cuanto aplicaron el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, norma vigente al momento del fallecimiento del causante,¹⁴ conforme a su texto original, desconociendo el sentido y alcance dado por esta Corporación a dicha disposición, en calidad de intérprete auténtico de la Carta Fundamental. Especialmente, a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución les reconoce a los operadores judiciales en el ejercicio de su misión, en esta oportunidad, las autoridades públicas concernidas apoyaron su decisión en una interpretación normativa contraria a la ratio decidendi contenida en la Sentencia C-482 de 1998; fallo que irradiaba sus efectos erga omnes a todo el orden jurídico y sus instituciones.¹⁵*

5. *En ese proceso errado de apreciación del asunto omitieron estimar que, incluso de no existir una sentencia de constitucionalidad que fijara el alcance normativo de la disposición pensional aplicable en este caso, tenían el deber de emplear, por encima de cualquier precepto legal, los mandatos consagrados en la Carta de 1991, dado que la materialización del derecho fue solicitada por la actora en 2007. Adicionalmente, recordó que, de acuerdo con esta Corte, cuando una normativa priva a las compañeras permanentes del derecho a la sustitución pensional, **“el operador jurídico debe interpretarla en el sentido de incluir a estas personas dentro de su ámbito de protección en los mismos términos con que se ampara al cónyuge supérstite o según los postulados de la Carta de 1991, de estar probado, siquiera de forma sumaria, que las personas que concurren para recibir la prestación tienen el derecho a que esta les sea sustituida en los términos y condiciones de***

¹⁴ De acuerdo con la Sala Plena: “la norma vigente al momento de la muerte del señor Ruíz Orozco, el 13 de marzo de 1984, era la Ley 90 de 1946, por medio de la cual se estableció el seguro social obligatorio y se creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, en tanto este era el sistema de seguridad social vigente para los trabajadores previstos en el artículo 1º del Decreto 3041 de 1966, mediante el cual el Presidente de la República aprobó el reglamento general del seguro de invalidez, vejez y muerte, expedido por el Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales mediante el Acuerdo 224 de 1966 y que establecía como beneficiaria a la compañera permanente, a falta de viuda, siempre y cuando hubiera hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a la muerte del pensionado, o hubiera tenido hijos, solamente si el pensionado y su compañera hubieran permanecido solteros durante el concubinato.” Y agregó puntualmente: “Pues, el referido Acuerdo 224 de 1966 (Decreto 3041 de 1966), en su artículo 21 solamente estableció el monto de la pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge. Y la Ley 12 de 1975, que dictó algunas disposiciones sobre el régimen de pensiones de jubilación y estableció por primera vez el derecho de las compañeras permanentes de sustituir las pensiones de jubilación a cargo directo de los empleados del sector público y privado, no se ocupó de regular situaciones como la que se analiza en este asunto, es decir, la reclamación de la sustitución de la prestación por parte de la esposa del asegurado, cuyo vínculo matrimonial no se disolvió, y de la compañera permanente” (Resaltado fuera del texto original).

¹⁵ Esta providencia, se aclaró, fue emitida aproximadamente 11 años antes de que se proferiera la sentencia de primera instancia dentro del proceso ordinario laboral incoado por la peticionaria, es decir, en el 2010.

las normas aplicables; o inaplicar por inconstitucionalidad las normas discriminatorias y, en su lugar, reconocer el derecho con fundamento en disposiciones pensionales posteriores del mismo régimen que sí incluyan el beneficio prestacional para los compañeros permanentes.” (Negrilla y Subrayado fuera del texto original).

En la referida providencia SU-454-2020, la alta Corporación concluyó:

96.El operador judicial accionado al momento de valorar la situación pensional de la actora hizo referencia al artículo 55 de la Ley 90 de 1946 que no fue modificado por los artículos 20 y 21 del Decreto 3041 de 1966. De acuerdo con ello, puede indicarse que respecto del contenido material aplicado en este caso para juzgar el requerimiento prestacional incoado, como se explicó, existe un pronunciamiento de esta Corporación plasmado en la Sentencia C-482 de 1998.¹⁶ Allí, se enjuició la constitucionalidad parcial de la primera disposición, que estableció el derecho a la sustitución pensional de la compañera permanente en un orden de precedencia excluyente, de manera que solo a falta de cónyuge aquella pasaba a ocupar su lugar para efectos de acceder al derecho siempre que, además, tanto ella como su pareja “hubieren permanecido solteros durante el concubinato.” Aunque en tal ocasión se encontró que el texto sustantivo resaltado había sido derogado por el Decreto 1295 de 1994, éste continuaba produciendo efectos jurídicos discriminatorios en el tiempo, particularmente, “regulando el reconocimiento de las pensiones de sobrevivientes en favor de los compañeros permanentes, en los casos en los que los fallecimientos [de los causantes habían] acaecido antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.” En tal virtud, se consideró, debía emitirse un pronunciamiento de fondo en la materia, concluyéndose que desde la entrada en vigor de la Constitución de 1991 era evidente la inconstitucionalidad del precepto acusado pues a la luz de sus postulados las cónyuges supérstites y compañeras permanentes se encuentran en pie de igualdad. Esto implicaba comprender que respecto del derecho a la sustitución pensional no resulta constitucionalmente admisible privilegiar un tipo de vínculo formal específico al momento de definir la titularidad del beneficio pues en estos escenarios el núcleo familiar, con independencia de su causa de formación, se convierte en el interés jurídico a proteger.

6. Es decir, la finalidad de la prestación económica estaba vinculada “en la mayoría de los casos a la satisfacción de las necesidades mínimas de las familias que han perdido los ingresos que aportaba el miembro fallecido. Es decir, [responde] a las necesidades de seguridad social de personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta, a las cuales debe atender de manera especial el Estado.” En estos términos, se dispuso en la providencia que “[las compañeras permanentes] que, con posterioridad al siete de julio de 1991 no hubieren podido sustituirse en la pensión del fallecido, por causa de la aplicación del texto legal que ha sido declarado [inexequible], podrán, a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales conculcados, reclamar de las autoridades competentes el reconocimiento de su derecho a la sustitución pensional.”

7. Entendiendo lo anterior, para la Sala Plena, evidentemente, al momento en que se profirió la sentencia de casación que se ataca, el 27 de noviembre de 2018, ya regía en el orden jurídico una interpretación constitucional del postulado normativo que gobernaba la resolución del requerimiento prestacional invocado por la accionante. En concreto, se encontraba vigente la ratio decidendi de una sentencia

¹⁶ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

proferida en sede de control abstracto por esta Corte 20 años atrás, que irradiaba sus efectos a todo el ordenamiento interno así como a las autoridades públicas, pues fijó parámetros vinculantes de decisión con efectos erga omnes relacionados con el proceso de aplicación de la norma utilizada para resolver el caso sometido al conocimiento del operador judicial demandado.

8. *A pesar de ello y reconociendo que los jueces en el cumplimiento de su misión jurisdiccional gozan de autonomía e independencia, la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia contravino el sentido y el alcance que fue fijado por esta Corporación respecto del artículo 55 de la Ley 90 de 1946. Ello por cuanto aplicó la referida disposición sustantiva, vigente al momento del fallecimiento del causante, conforme a su texto original y, en esa dirección, extendió los efectos inconstitucionales emanados de su contenido inicial para comprender en forma desacertada que el derecho a la sustitución pensional en favor de la compañera permanente reclamante tenía un carácter accesorio y condicional frente a la cónyuge quien ostentaba una posición legal privilegiada. Lo anterior desconociendo que tal aproximación normativa fue eliminada del régimen jurídico interno en atención a su alcance discriminatorio y restrictivo y que, por tanto, no podía emplearse como lineamiento para juzgar la situación pensional de la peticionaria.*

9. *En vista de lo anterior, la autoridad judicial accionada desatendió la hermenéutica constitucional del precepto en discusión, acogió una interpretación sustantiva del mismo contraria a la establecida por este Tribunal; por ende, inaceptable y perjudicial para los intereses legítimos de la accionante en atención a su abierta contradicción con los mandatos superiores de la Carta de 1991.¹⁷ En otras palabras, no apoyó su decisión en el alcance normativo adecuado, esto es, de cara a un entendimiento constitucional de la norma en litigio. Tal comprensión del asunto no podía desconocerse, como lo planteó el extremo pasivo de la tutela en su determinación, bajo el argumento de que la Sentencia C-482 de 1998¹⁸ gozaba de efectos retroactivos que no se hacían extensivos para gobernar situaciones pensionales cuya consolidación fue previa a la Carta Política vigente. Esta aproximación olvida que dicha providencia fijó el sentido correcto que debía conservar una norma, a partir de la Constitución de 1991 y en adelante. Esto implica que el efecto de cosa juzgada que en tal escenario se dispuso debía pesar sobre este precepto o la declaratoria de vinculatoriedad que se le asignó al contenido de tal decisión orientaban hacia el futuro la actividad jurisdiccional. Por ello, lo que debió considerar la accionada es que para el momento en que se enfrentó al caso de la tutelante, en el año 2018, ya existía una posición jurídica obligatoria que regía la resolución de la situación objeto de debate por expreso mandato constitucional y de la cual, por tanto, no podía apartarse injustificada y caprichosamente.*

10. *A lo dicho debe agregarse que, como se advirtió en la Sentencia SU-574 de 2019,¹⁹ en ausencia de una interpretación concreta de la norma en cuestión, la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia debió aplicar, por encima de cualquier precepto legal y para definir adecuadamente el asunto sometido a su estudio, los mandatos superiores de*

¹⁷ Justamente en la Sentencia T-086 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa se dijo: “Recuerda la Corte que la procedencia de un defecto sustantivo fundado en un grave error en la interpretación, es realmente excepcional, en la medida en que se requiere demostrar de manera incontrovertible, que la decisión judicial es manifiestamente irrazonable y contraria al orden jurídico. No es suficiente entonces que se discrepe de la posición de un tribunal en un aspecto, o que se piense que la norma tiene un contenido distinto al que se valoró, o que se prefiera una interpretación diferente a la acogida en la providencia cuestionada, sino que se requiere que sea evidente la orientación arbitraria del juez en la causa, que se sale del razonable margen de interpretación autónoma que la Constitución le ha confiado.”

¹⁸ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹ M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

igualdad, solidaridad y dignidad humana, consagrados en la Constitución Política de 1991, como quiera que la materialización del derecho a la sustitución pensional fue solicitada por la actora en el año 2008, es decir, cuando se encontraban rigiendo sus postulados. Precisamente “los eventos en los cuales una providencia judicial sería inconstitucional por defecto sustantivo dan cuenta de cómo la intervención del juez de tutela en estos casos responde, también, al ámbito constitucional en el que se desenvuelve la independencia de los jueces. Según el artículo 230 de la Carta, estas autoridades, en sus providencias, “están sometidas al imperio de la ley”, de forma que sus decisiones serán tomadas con estricta observancia de las disposiciones legales que resulten indispensablemente aplicables, así como de los mandatos y derechos constitucionales (Arts. 4 y 93 CP).²⁰ La actividad judicial debe desarrollarse necesariamente dentro del parámetro de la efectividad y primacía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Es decir, debe ceñirse al carácter normativo y supremo de la Constitución (artículos 2, 4 y 5 de la CP).²¹ (Subrayado fuera del texto original).

11. En estos términos, se concluye que la autoridad judicial accionada estaba obligada a realizar un examen de constitucionalidad de la disposición concernida, artículo 55 de la Ley 90 de 1946, para determinar el derecho de la peticionaria a la sustitución pensional. Esto es, a la luz de los postulados de la Constitución Política de 1991, específicamente, del artículo 42 el cual prescribe que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos; sus relaciones se basan en la igualdad de derechos, así como en el respeto recíproco entre todos sus integrantes y el Estado y la sociedad están obligados a garantizar su protección integral. No obstante, está demostrado que se apartó de este margen normativo apropiado que gobernaba la valoración de la situación prestacional de la actora, incurriendo de esta manera en la configuración de un defecto sustantivo. Según esta Corte “el control por vía de tutela de las providencias judiciales, que presuntamente se han basado en una hermenéutica indebida, es restrictivo y excepcional. Como lo ha señalado esta Corte, el amparo “no es un mecanismo para controvertir las interpretaciones que los jueces hagan del ordenamiento jurídico, sustituyéndolas por otras que el juez de tutela considere mejores o más adecuadas”, sólo es procedente cuando la autoridad demandada le ha dado un sentido a las disposiciones que desatiende valores constitucionales o que es abiertamente irracional, lo que hace que la decisión sea contraria al orden jurídico.”²²

12. En atención a lo anterior, en esta ocasión, podría, incluso, advertirse que la decisión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Descongestión No. 4., de excluir a quien aduce ostentar la condición de compañera permanente de la sustitución pensional por aplicar la prevalencia de la cónyuge en el derecho a acceder al beneficio, prevista en el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, configuró una violación directa de la Constitución Política. La Carta de 1991 establece expresamente que no son admisibles las distinciones fundadas en el origen del vínculo familiar y, por tanto, prevé que las determinaciones que en su vigencia mantengan estas diferenciaciones reproducen un tratamiento discriminatorio infundado e inadmisibles, merecedor de reproche. Así las cosas, si un juez de la República se enfrenta, como en esta oportunidad, a una providencia que ubica irrazonablemente a las uniones de hecho en una situación de clara desventaja con respecto a las familias surgidas del matrimonio debe declarar su inconstitucionalidad por contrariar el propósito del actual Constituyente que proclama por un Estado social de derecho

²⁰ Sentencia SU-226 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

²¹ Sobre el particular, puede consultarse la Sentencia SU-050 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²² Sentencia SU-226 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

igualitario. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Siguiendo el anterior derrotero jurisprudencial de la Corte Constitucional, que esta Sala de Decisión acoge en su integridad por cuanto se aviene más a una interpretación de rango constitucional frente a la protección de los derechos de la institución familiar, a la no discriminación de la compañera permanente y al criterio de la aplicación retrospectiva de la Constitución de 1991, postura que resulta plenamente aplicable al *sub examine* por tratarse de asunto de similares contornos al estudiado por la alta Corporación constitucional, procede la Sala a verificar si se encuentra acreditado el requisito de la convivencia entre la compañera permanente con el causante, sin dar aplicación textual o literal al contenido del artículo 55 de la Ley 90 de 1946, por ser esta abiertamente discriminatoria frente a la compañera, tal y como quedó plasmado en la providencias del alto Órgano de la jurisdicción constitucional que se han reproducido.

Como prueba testimonial declararon los señores Rafael Alfredo Rodríguez, Aura María Teresa Rodríguez, Clara Patricia rojas y Bertha Vargas de Cruz.

El señor **Rafael Alfredo Rodríguez**, señaló que conoce a la señora Leonor Julia Rodríguez hace más de 45 años, porque convivió cerca a su casa en el barrio San Pablo de la localidad de Bosa; que vivieron en dicha localidad aproximadamente 30 años, momento para el cual tuvo la oportunidad de presenciar que la señora Julia vivía con su esposo el señor Forero, aseguró también que el causante trabajó con su señora madre en los almacenes Ley; que entre la demandante y señor Forero procrearon 5 hijos; que el causante murió para el año 1977; que los gastos de manutención de la señora Julia eran costeados por el señor Forero, ello le constaba porque la actora nunca ha trabajado; que jamás le conoció otra persona diferente a la señora Leonor Julia Rodríguez como pareja sentimental del señor Luis Alberto; que cuando el señor Forero se pensionó se fueron a vivir con la señora Julia al Municipio de Girardot; después de que murió el pensionado la actora regresó a la ciudad de Bogotá a la casa donde vivían en Bosa; que para sobrevivir después del fallecimiento del señor Luis Alberto, la señora Julia contaba con la pensión que recibió de su esposo para sus hijos y después sus hijos fueron los que le colaboraron.

La señora **Clara Patricia rojas**, indicó que conoce a la demandante de toda la vida; que es sobrina del señor Luis Alberto Forero Tovar; que tuvo una cercanía constante con la pareja a quienes los conocía como esposos; que nunca conoció a la señora Josefina Barreto y su tío nunca le habló de ella; que cuando su tío falleció, ellos vivían en Girardot, en donde vivieron aproximadamente dos años; que se fueron a dicho Municipio porque al señor Forero le hacía daño la temperatura de Bogotá; que antes de trasladarse a Girardot vivían en la localidad de Bosa; que la señora Julia nunca trabajó y dependía de su tío quien trabajaba para almacenes ley; que la actora se dedicaba a los quehaceres del hogar y al cuidado de sus hijos.

Aura María Teresa Rodríguez en calidad de hermana de la demandante, sostuvo que, la señora Julia Rodríguez vivió en unión libre aproximadamente 25 años con el señor Luis Alberto Forero con quien tuvo 5 hijos; que vivieron en San Cristóbal – sur de la ciudad de Bogotá, después se fueron para Bosa y finalmente se fueron a vivir al Municipio de Girardot – Cundinamarca por temas de salud del causante, una vez se pensionó; que el señor Luis Alberto laboró en almacenes Ley; que los gastos del hogar eran cubiertos por el señor Forero; que durante los últimos 5 años de vida del señor Luis convivió con la señora Julia y sus hijos; que supo de la existencia de la señora Josefina Barreto, pero nunca la conoció y tenía entendido que el señor Forero nunca convivió con ella; que después del fallecimiento del señor Luis Alberto, los hijos fueron los que velaron por la señora Julia y también se sostenía con cosas que ella hacía para vender.

Bertha Vargas de Cruz refirió que conoce a la demandante hace 50 años; que vivió con la señora Julia y Luis Alberto en la casa donde vivían en la localidad de Bosa, en una pieza que ellos le arrendaron; que vivió con la pareja y sus hijos 2 años, ya después ellos se fueron vivir a Girardot, pero ella siguió viviendo en esa casa; que le consta la unión sentimental que existía entre la actora y el causante, porque dormían juntos en la misma habitación; que los gastos del hogar los cubría el señor Luis Alberto quien era el que trabajaba en almacenes Ley; que la señora Julia nunca trabajó y se dedicaba al hogar; que nunca tuvo conocimiento que el señor Luis Alberto tuviera otro hogar.

Como pruebas documentales que acreditan la convivencia entre la promotora del litigio y el causante, se aportó formato de solicitud de pensión de vejez de fecha 18 de junio de 1973, expedido por el ISS en el cual se hace relación a los miembros de la familia del señor Forero que pueden causar el derecho, haciendo referencia a sus 5 hijos de nombres: José Raúl Forero Rodríguez quien nació en el año 1958, María Carmenza Forero Rodríguez quien nació en el año 1960, Darío Forero Rodríguez quien nació en 1964, Luz Marina Forero Rodríguez quien nació en 1966 y Samuel Forero Rodríguez quien nació en 1970 (f° 20); carta de remisión dirigida al Jefe de Control de Pensiones de la División Nacional de Administración de Riesgos del ISS, en la cual se comunica la petición del señor Luis Alberto de trasladar la pensión de vejez al Municipio de Girardot para que fuera cancelada allí (f°26).

Igualmente, a folios 33 a 37, se encuentran los registro civiles de nacimiento de los hijos procreados entre la demandante y el señor Forero, declaración juramentada de fecha 18 de marzo de 1993, rendida por la señora Leonor Julia Rodríguez en la Notaría sexta de la Ciudad de Bogotá, en la cual manifestó que vivió bajo el mismo techo en unión libre, durante 25 años con el señor Luis Forero y quien era la persona que respondía por todas sus necesidades económicas (f° 59); también se encuentra declaración juramentada rendida ante la Notaría 46 de la Ciudad de Bogotá, de fecha 3 de diciembre de 2009, por parte de la señora Elvia Leticia Rodríguez, quien dijo que la señora Julia y el señor Luis Alberto convivieron durante 25 años desde 14 de julio de 1956 hasta el 11 de agosto de 1977; que el señor Luis no hizo vida marital con nadie más y que de dicha unión tuvieron 7 hijos, dos ellos ya fallecieron (f° 142).

Conforme a las anteriores probanzas, para la Sala no cabe duda que la señora Leonor Julia Rodríguez acreditó haber convivido con el señor Luis Alberto Forero Tovar por lo menos a partir del año 1958, año en el que nació el primero de sus hijos y hasta la fecha de fallecimiento del *cujus* (11 de agosto de 1977), pues cada uno de los testigos señalaron haber tenido un contacto estrecho con la pareja, afirmando que siempre los reconocieron como esposos, quienes vivían bajo el mismo techo junto con sus hijos y que era el señor Luis quien suministraba los gastos del hogar, todos ellos también fueron concordantes al señalar que no conocieron a la señora Josefina y que lo que habían escuchado era que el causante nunca convivió con ella.

Así las cosas, la demandante logró demostrar el requisito exigido por la Corte Constitucional para hacerse acreedora a la prestación reclamada en su calidad de compañera permanente del causante, razón por lo cual deberá confirmarse la decisión de primera instancia.

ii) Indexación

Frente a la indexación de las sumas objeto de condena, se tiene que tal decisión se encuentra ajustada a derecho, pues la misma persigue remediar la depreciación económica que aquellos sufran en el tiempo transcurrido entre la data de tal incumplimiento y la fecha efectiva del pago, tal como se analizó en sentencias CSJ SL5045-2018, reiterada en CSJ SL2353-2020 y CSJ SL1218-2021.

iii) Prescripción

En relación con la excepción de prescripción que presentó la demandada, ha de indicarse que, en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del CST, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hubiese hecho exigible; no obstante, el simple reclamo del afiliado o pensionado recibido por el pagador de su prestación sobre su derecho, interrumpe este fenómeno por un lapso igual.

En el presente asunto, se tiene que el derecho se hizo exigible a partir del 11 de agosto de 1977, la demandante hizo la última reclamación ante la entidad accionada el 28 de marzo de 2011, reiterada el 3 de mayo de 2011, solicitud que se resolvió mediante acto administrativo 19800 del 28 de mayo de 2012, de manera negativa (fº 104 a 136), la demanda se instauró el 16 de octubre de 2014 (fº 1), por lo tanto, las mesadas causadas con anterioridad al 16 de octubre de 2011, se encuentran prescritas, tal como fue analizado por la Juez de primera instancia.

iv) Retroactivo

Sobre este punto, se tiene que la sentenciadora de primera instancia no calculó el valor del retroactivo, por lo tanto, esta instancia dando a aplicación a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 283 del CGP, procederá a realizar el cálculo respectivo, entendiéndose que el mes de octubre de 2011, deberá reconocerse de manera completa, dado que las mesadas pensionales se pagan por mensualidades vencidas, tal como lo dispone el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, y como lo ha enseñado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL1011-2021), por lo que su causación es al 30 de cada mes y su exigibilidad lo es a partir del primer día de mes siguiente; por lo tanto, para la condena del retroactivo se tomará a partir del 1 de octubre de 2011, hasta la fecha en que se profiere la decisión de segunda instancia (29 de septiembre de 2023), teniendo en cuenta la mesada otorgada al señor Luis Alberto Forero en resolución 9546 del 11 de diciembre de 1973.

Efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, se obtuvo un valor de \$129.055.459, el cual incluye las mesadas adicionales de junio y diciembre, valor que se seguirá causante hasta el momento de su pago; la liquidación es la siguiente:

Año	Desde	Hasta	Valor Mesada SMMLV	No Pagos	Retroactivo Pensional
1973	11/12/1973	31/12/1973	\$ 660,00	Prescrito	
1974	1/01/1974	31/12/1974	\$ 900,00		
1975	1/01/1975	31/12/1975	\$ 1.200,00		
1976	1/01/1976	31/12/1976	\$ 1.560,00		
1977	1/01/1977	31/12/1977	\$ 2.340,00		
1978	1/01/1978	31/12/1978	\$ 2.580,00		
1979	1/01/1979	31/12/1979	\$ 3.450,00		
1980	1/01/1980	31/12/1980	\$ 4.500,00		
1981	1/01/1981	31/12/1981	\$ 5.700,00		
1982	1/01/1982	31/12/1982	\$ 7.410,00		
1983	1/01/1983	31/12/1983	\$ 9.261,00		
1984	1/01/1984	31/12/1984	\$ 11.298,00		
1985	1/01/1985	31/12/1985	\$ 13.557,60		
1986	1/01/1986	31/12/1986	\$ 16.811,40		
1987	1/01/1987	31/12/1987	\$ 20.509,80		
1988	1/01/1988	31/12/1988	\$ 25.637,40		
1989	1/01/1989	31/12/1989	\$ 32.559,60		
1990	1/01/1990	31/12/1990	\$ 41.025,00		
1991	1/01/1991	31/12/1991	\$ 51.720,00		

1992	1/01/1992	31/12/1992	\$ 65.190,00		
1993	1/01/1993	31/12/1993	\$ 81.510,00		
1994	1/01/1994	31/12/1994	\$ 98.700,00		
1995	1/01/1995	31/12/1995	\$ 118.933,50		
1996	1/01/1996	31/12/1996	\$ 142.125,00		
1997	1/01/1997	31/12/1997	\$ 172.005,00		
1998	1/01/1998	31/12/1998	\$ 203.826,00		
1999	1/01/1999	31/12/1999	\$ 236.460,00		
2000	1/01/2000	31/12/2000	\$ 260.100,00		
2001	1/01/2001	31/12/2001	\$ 286.000,00		
2002	1/01/2002	31/12/2002	\$ 309.000,00		
2003	1/01/2003	31/12/2003	\$ 332.000,00		
2004	1/01/2004	31/12/2004	\$ 358.000,00		
2005	1/01/2005	31/12/2005	\$ 381.500,00		
2006	1/01/2006	31/12/2006	\$ 408.000,00		
2007	1/01/2007	31/12/2007	\$ 433.700,00		
2008	1/01/2008	31/12/2008	\$ 461.500,00		
2009	1/01/2009	31/12/2009	\$ 496.900,00		
2010	1/01/2010	31/12/2010	\$ 515.000,00		
2011	1/01/2011	15/10/2011	\$ 535.600,00		
2011	16/10/2011	31/12/2011	\$ 535.600,00	4	\$ 2.142.400
2012	1/01/2012	31/12/2012	\$ 566.700,00	14	\$ 7.933.800
2013	1/01/2013	31/12/2013	\$ 589.500,00	14	\$ 8.253.000
2014	1/01/2014	31/12/2014	\$ 616.000,00	14	\$ 8.624.000
2015	1/01/2015	31/12/2015	\$ 644.350,00	14	\$ 9.020.900
2016	1/01/2016	31/12/2016	\$ 689.455,00	14	\$ 9.652.370
2017	1/01/2017	31/12/2017	\$ 737.717,00	14	\$ 10.328.038
2018	1/01/2018	31/12/2018	\$ 781.242,00	14	\$ 10.937.388
2019	1/01/2019	31/12/2019	\$ 828.116,00	14	\$ 11.593.624
2020	1/01/2020	31/12/2020	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242
2021	1/01/2021	31/12/2021	\$ 908.526,00	14	\$ 12.719.364
2022	1/01/2022	31/12/2022	\$ 1.000.000,00	14	\$ 14.000.000
2023	1/01/2023	29/09/2023	\$ 1.160.000,00	9,97	\$ 11.561.333
Valor retroactivo pensional					\$ 129.055.459

Se autoriza a Colpensiones, para que de esta suma efectúe los descuentos por aportes en salud a que hay lugar.

Por lo anteriormente expuesto, se adiciona y confirma la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

En mérito de lo expuesto, el 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: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de tener como valor del retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 16 de octubre de 2011 al 29 de septiembre de 2023, la suma de \$129.055.459, valor que se seguirá causando hasta el momento de su pago, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión. Se autoriza a Colpensiones, para que de esta suma efectúe los descuentos por aportes en salud a que hay lugar.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$1.160.0000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105023202000360-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CÉSAR ORTEGA OJEDA
DEMANDANDO	LA NACIÓN- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **CÉSAR ORTEGA OJEDA** se condene a la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a reconocerle y pagarle la pensión de jubilación estipulada en el artículo 98 de la convención colectiva suscrita entre el Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA y el Sindicato Nacional de los Trabajadores del IDEMA- SINTRAIDEMA-, a los reajustes anuales, primas semestrales, a los intereses de mora, a la indexación de la primera mesada, ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 6-10 archivo 02 carpeta 1ª inst, exp. digital), señaló que nació el 25 de enero de 1962; que se vinculó laboralmente en

calidad de trabajador oficial al Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA mediante dos contratos de trabajo, el primero entre el 29 de julio de 1988, y el 29 de septiembre de igual año, y el segundo, desde el 16 de febrero de 1989, hasta el 10 de agosto de 2001; que su contrato fue terminado de forma unilateral y sin justa causa; y que su último salario promedio fue \$542.570.

Aclaró que, si bien fue despedido sin justa causa el 03 de octubre de 1997, posteriormente, fue reintegrado sin solución de continuidad a su empleo por orden proferida por la justicia ordinaria laboral hasta la fecha en que nuevamente fue desvinculado -10 de agosto de 2001-, con el pago de la indemnización correspondiente.

Narró que, el Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA y el Sindicato Nacional de los Trabajadores del IDEMA- SINTRAIDEMA-, suscribieron convención colectiva de trabajo 1996-1998, la que estaba vigente para el momento de su despido; que era afiliado al mencionado sindicato y por ende beneficiario de esa convención colectiva; que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural venía asumiendo el pago de las pensiones de jubilación a cargo del extinto IDEMA; que tiene derecho a que se le pague la pensión de jubilación por despido injusto consagrada en los artículo 97 y 98 de la convención colectiva en mención.

Expuso que, el 21 de octubre de 2019, radicó reclamación administrativa ante la demandada, pero mediante comunicación del 3 de diciembre de 2019, esa entidad dio respuesta negativa a su solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación convencional.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, contestó la demanda (archivo 06 carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, los aceptó en su mayoría, excepto que el contrato había sido terminado sin justa causa, ya que el mismo había finalizado por causales legales, porque conforme el Decreto Ley 1675 del 27 de junio de 1997; que ordenó la liquidación del IDEMA; que no le constaba que fuera afiliado al SINTRAIDEMA.

Formuló las excepciones de mérito que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, el acto legislativo restringe el reconocimiento de los derechos pensionales, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de octubre de 2021 (carpeta 1ª inst, exp. digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a reconocer al señor Cesar Ortega Ojeda pensión de jubilación convencional artículo 98, la que se ordena pagar efectivamente a partir del 25 de enero de 2022, mesada pensional \$1.055.619 junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, y los incrementos anuales de ahí en adelante.

PARÁGRAFO: AUTORIZAR el descuento de salud de esa mesada pensional a partir de la exigibilidad de la misma.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

TERCERO: CONDENAR en costas a cargo de la demandada.

CUARTO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, así se impetre recurso de apelación.

El a quo indicó que desde la contestación de la demanda se había aceptado que el actor había prestado servicios en calidad de trabajador oficial al Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA mediante dos contratos de trabajo, el primero entre el 29 de julio de 1988, y el 29 de septiembre de igual año, y el segundo, desde el 16 de febrero de 1989 hasta el 10 de agosto de 2001.

Fijó como problema jurídico determinar si el demandante tenía derecho al reconocimiento de la pensión convencional establecida en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo 1996-1998 suscrita entre el Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA y el Sindicato Nacional de los Trabajadores del IDEMA- SINTRAIDEMA-; que dicha cláusula consagraba que el trabajador oficial que fuese despedido sin justa causa después de haber laborado más de 10 años y menos de 15 continuos o discontinuos en el IDEMA, tendría derecho a la pensión de jubilación desde la fecha del despido si para entonces

tenía 60 años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.

Expuso que, al verificar los requisitos exigidos para acceder a ese beneficio convencional, encontraba que, pese a que el contrato de trabajo del actor se terminó por la supresión del IDEMA lo que era una causa legal, ello no era una justa causa para finiquitar la relación laboral, razón por la cual se consideraba que el actor había sido despedido sin justa causa.

Afirmó que, el actor había prestado servicios al IDEMA de forma discontinua por espacio de 12 años, 7 meses, 25 días por lo que cumplía con mas de 10 años de servicios como lo establecía la norma convencional. En cuanto a la edad esta se acreditaba con la copia del registro civil de nacimiento donde se evidenciaba que había nacido el 25 de enero de 1962, por lo que cumplía 60 años de edad en esa misma calenda del año 2022.

Explicó que, para el 31 de julio de 2010, por fuerza del párrafo transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se estudiaban. No obstante, teniendo en cuenta que, la edad era un simple requisito de exigibilidad del derecho y no de causación y, en esa medida, el 10 de agosto de 2001 –fecha de desvinculación del actor de la empresa- ya contaba con el tiempo de servicio exigido, por lo que era claro que, para el 31 de julio de 2010, aquel tenía un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 25 de enero de 2022.

Consideró que, las previsiones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente, el límite temporal que consagró para beneficiarse de las prerrogativas de carácter pensional incluidas, entre otros, en convenciones colectivas de trabajo, no afectaban la pensión de jubilación convencional estudiada en este caso, en el entendido que se causó desde el 10 de agosto de 2001 y, en esa medida, constituía un derecho adquirido no susceptible de ser desconocido por esa reforma constitucional, pues la edad

era sólo un plazo futuro que estaba pendiente de cumplirse sólo a fines de hacer exigible su pago.

Señaló que, condenaría a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en favor del actor desde el 25 de enero de 2022, la cual sería compartida con una eventual pensión de vejez que le fuere reconocida, momento en el cual quedaría a cargo de la pasiva solo el mayor valor si a ello hubiera lugar.

Respecto al monto de la primera mesada pensional, sostuvo que la convención colectiva no había determinado ese asunto, por lo que acudiría al artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, señalando que esta sería directamente proporcional al tiempo de servicios en relación a la que le habría correspondido de haber reunido los requisitos para gozar de la pensión plena, en razón a ello tendría en cuenta lo devengado en el último año de servicios, el que en el expediente estaba demostrado que lo fue \$885.116 valor que debía ser actualizado al 2021, lo que arrojaba la suma de \$2.225.165,67. Agregó que este había laborado 4555 días, por lo que le correspondía un 47,44%, y que haciendo las operaciones aritméticas la primera mesada sería de **\$1.055.619.**

Sostuvo que no había lugar a condenar en intereses moratorios, porque la mesada a esa fecha aún no se había causado, y que por ese mismo motivo no había lugar a estudiar la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que al vencimiento del término señalado en los artículos 1º y 7º del Decreto 1675 de 1997, el IDEMA quedó liquidado y clausurado definitivamente y en consecuencia SINTRAIDEMA también quedo disuelto, que si bien el artículo 474 del CST indicaba que si era disuelto el sindicato que hubiere celebrado una convención, esta continuaría rigiendo los derechos y obligaciones del empleador y los trabajadores, pero que esta norma no era aplicable porque después de liquidado el IDEMA no subsistió ni la empresa ni el sindicato, y por tanto la convención colectiva tampoco, por lo que perdió su vigencia con el cierre definitivo de la empresa.

Sostuvo que, el actor no había cumplido con el requisito de la edad, pues solo tenía cumplido un requisito, por lo que estábamos frente a una mera expectativa, mas no a un derecho adquirido.

Mediante auto del 07 de octubre de 2022, esta Corporación, tuvo como sucesor procesal del IDEMA a la UGPP de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 del CGP y el Decreto 1859 de 2021.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural hoy UGPP, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Cesar Ortega Ojeda nació el 25 de enero de 1962; *ii)* que laboró para el Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA mediante dos contratos de trabajo, el primero entre el 29 de julio de 1988, y el 29 de septiembre de igual año, y el segundo, desde el 16 de febrero de 1989, hasta el 10 de agosto de 2001, acumulando 12 años, 7 meses, 25 días; y *iii)* que su contrato de trabajo fue terminado por liquidación definitiva del IDEMA.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a establecer si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1998 suscrita entre el Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA y el Sindicato Nacional de los Trabajadores del IDEMA- SINTRAIDEMA, a pesar de haberse extinguido la empresa y el sindicato; en caso afirmativo, las condiciones en qué debe reconocerse la misma.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL

El artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1998 suscrita entre Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA y el Sindicato Nacional de los Trabajadores del IDEMA- SINTRAIDEMA, establece:

PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO. El trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa, después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.

(...)

Como se puede advertir el texto convencional, es claro en el sentido que, si un trabajador laboró por más de 10 años y menos de 15, y es despedido sin justa causa, tiene derecho a la pensión de jubilación a partir de su desvinculación, si a ese momento tiene 60 años de edad, «o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido». Por tanto, los requisitos de estructuración de la prestación son dos: i) haber prestado servicios por más de 10 y menos de 15 años, y ii) haber sido despedido sin justa causa.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL15605-2016, reiterada en SL2695-2022, indicó:

Reexaminada la estructura gramatical de la estipulación convencional en comento, así como la intención lógica y razonablemente deducible de sus componentes, para la Sala dicha cláusula que alude a la pensión en caso de despido injusto, lleva a colegir que el único entendimiento posible es que se causa o adquiere con los requisitos relativos a la prestación de los servicios por más de diez o quince años y el despido sin justa causa (...).

En consecuencia, la pensión se causó el **10 de agosto de 2001**, fecha en que el demandante fue despedido sin justa causa, después de haber prestado sus servicios por 12 años, 7 meses, 25 días al IDEMA.

Ahora bien, la entidad recurrente plantea que los requisitos debieron cumplirse al momento en que tanto la empresa como el sindicato fueron clausurados, ya que, al quedar disueltos ambos, la convención colectiva que los regía también había perdido su vigencia.

No obstante, cabe recordar que si bien el IDEMA fue suprimido y liquidado el 31 de diciembre de 1997, lo cierto es que la relación laboral del demandante se extendió hasta el 10 de agosto de 2001, debido a una orden judicial de reintegro, de manera que por mandato del artículo 474 del Código Sustantivo del Trabajo, los beneficios de la CCT se incorporaron al contrato de trabajo del señor Ortega Ojeda, mientras este estuvo vigente, tal como en asuntos similares lo ha definido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, especialmente en la CSJ SL2274-2019, donde se indicó:

ii) ¿La Convención Colectiva de Trabajo solamente produjo efectos hasta el 30 de abril de 1998?

Aunque la recurrente no le exhibe a la Corte las razones por las cuales estima que la convención colectiva de trabajo produjo efectos hasta el 30 de abril de 1998, entiende la Sala que es por la fecha de liquidación física y jurídica de la empresa contratante; no obstante, es preciso recordar la doctrina de esta Corporación en cuanto a que de conformidad con el Art. 467 del C.S.T., a través de la convención colectiva de trabajo se fijan «las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia»; eventualmente se puede prorrogar en forma automática, «por términos sucesivos de seis en seis meses» (art. 477 del CST), y con la característica de que no obstante la disolución del sindicato que la suscribió «continúa rigiendo los derechos y obligaciones del patrono y los trabajadores». Desde esta perspectiva, la convención colectiva de trabajo, surtirá efectos, en general, más allá de la existencia jurídica del empleador o sindicato que la haya suscrito, en tanto los derechos que se aleguen se originen en vigencia del contrato laboral (sentencia SL9951-2014).

Y en la sentencia CSJ SL9951-2014, la misma Corporación, al analizar un caso de similares contornos, respecto de que el trabajador del IDEMA fue despedido y posteriormente mediante orden judicial se ordenó su reintegro, extendió la relación laboral hasta el año 2001, indicó que los derechos convencionales sí le eran aplicables; en esa oportunidad explicó:

De otra parte, no le asiste razón al recurrente al referir además, que la convención colectiva de trabajo es ineficaz, en cuanto considera que sus efectos se extinguieron el 30 de abril de 1998, fecha de liquidación física y jurídica de la empresa contratante; no obstante, es preciso señalar que de conformidad con el Art. 467 del C.S.T y S.S. a través de la convención colectiva de trabajo se fijan «las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia»; eventualmente se puede prorrogar en forma automática, «por términos sucesivos de seis en seis meses» (art. 477 del CST), y con la característica de que no obstante la disolución del sindicato que la suscribió «continúa rigiendo los derechos y obligaciones del patrono y los trabajadores».

Desde esta perspectiva, la convención colectiva de trabajo, surtirá efectos, en general, más allá de la existencia jurídica del empleador o sindicato que la haya suscrito, en tanto los derechos que se aleguen se originen en vigencia del contrato laboral. (negrilla y subraya fuera del texto original)

En el caso que se estudia, como ya se explicó, el contrato de trabajo estuvo vigente hasta el 15 de julio de 2001 y fue terminado por la demandada, sin justa causa, en consecuencia al actor se le aplicaban todos los beneficios convencionales, entre ellos, los consagrados en el inc. 1º del Art. 98 de la convención colectiva de trabajo, máxime cuando el D. 1675/97, que ordenó la supresión y liquidación del IDEMA, dispuso en su Art. 6º que las obligaciones contraídas por la entidad, incluidas los pasivos laborales, serían asumidas por La Nación. Luego, aparece atinada la decisión censurada. (subraya fuera del texto original)

Acorde con lo anterior, se tiene que si bien el contrato de trabajo del actor fue terminado el 03 de octubre de 1997, mediante orden judicial fue ordenado su reintegro, razón por la que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural mediante Resolución 0360 del 26 de diciembre de 2002, en cumplimiento de una sentencia judicial, ante la imposibilidad física y jurídica de reintegro procedió a liquidar a unos trabajadores al **10 de agosto de 2001**, entre ellos al actor, reconociéndole todos los beneficios convencionales, allí se tuvo en cuenta como salario básico \$530.791 y como salario promedio incluyendo todos los factores actualizados al 10 de agosto de 2001 la suma de \$885.116.

Entonces, el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1998 suscrita entre el IDEMA y SINTRAIDEMA, surte efectos más allá de la extinción tanto de la empresa como del sindicato, porque el derecho que se reclama esta originado en la vigencia del contrato de trabajo que unió al actor con el IDEMA. Así las cosas, el demandante causó el derecho a la pensión de jubilación por despido injusto desde el 10 de agosto de 2001, quedándole pendiente únicamente el cumplimiento de los 60 años de edad, el cual es un requisito única y exclusivamente de disfrute de la prestación.

En lo que se refiere a la vigencia de las normas convencionales que contemplan derechos de índole pensional, el párrafo 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, estableció que estos beneficios convencionales perderían vigencia al 31 de julio de 2010; de igual forma el párrafo 2º de dicha normativa, dispuso que a partir de la entrada en vigencia del mismo, no podían establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Sobre el particular, advierte esta Sala que, dicha norma de rango constitucional no afectó el derecho del actor, en la medida que la pensión de jubilación que ahora se estudia se causó desde el 10 de agosto de 2001; por ende, para la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, el 29 de julio de 2005, este era un derecho adquirido.

Respecto de la liquidación de esta prestación, dado que el texto convencional no estableció como debía liquidarse, debe acudirse por analogía a lo establecido en los artículos 8° de la Ley 171 de 1961 en concordancia con el 18 del Decreto 1848 de 1969, que regulaban el tema pensional de los trabajadores oficiales y señalaban que la cuantía de la pensión sería directamente proporcional al tiempo de servicios laborados, liquidándose con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En ese orden de ideas, la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido al actor, de haber satisfecho las exigencias, sería la establecida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, que dice:

Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

De allí que, la liquidación de la prestación se realiza conforme a lo señalado en el citado artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y en correspondencia con el 1° de la Ley 62 del mismo año, que estipula:

Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Ahora bien, en el presente asunto, pese a ser un hecho indiscutido que el último salario promedio devengado por el demandante correspondió a la suma de \$885.116, esta Sala debe verificar cuales son los factores salariales para tener en cuenta para efectos de liquidar esta prestación, para lo cual verificó la Resolución 0360 del 26 de diciembre de 2002, emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, donde no se evidencian factores salariales, simplemente se indicó que el salario básico era \$530.791 y el ingreso promedio incluyendo todos los factores, actualizado al 10 de agosto de 2001, era de \$885.116, por lo que este despacho tomara solo el salario básico, ya que se desconoce qué factores integraron el salario promedio y si estos eran los contemplados en el artículo 1° de la Ley 62 del 1985.

Por lo tanto, el IBL para liquidar la mesada pensional que se tendrá en cuenta es \$530.791, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 47.45% teniendo en cuenta que laboró 4555 días, arrojando como primera mesada pensional la suma de \$251.849,27 suma que actualizada desde el año 2001, cuando finalizó el nexo laboral con el IDEMA, a la fecha del momento en que debió iniciar su pago, esto es, al arribar a los 60 años de edad, que lo fue el 25 de enero de 2022, arroja un equivalente a \$648.452, tal como se detalla a continuación:

Tasa de reemplazo	
Días	Tasa de reemplazo
7200	75%
4555	47,45%
Tasa de reemplazo	47,45%

Promedio Salarial 2001	\$ 530.791,00
Tasa de Reemplazo	47,45%
Valor de la mesada 2001	\$ 251.849,27

Tabla Actualización (indexación) mesada pensional				
Valor de la mesada:	IPC Inicial DIC 2000	IPC Final Dic 2021	Factor de indexación	Valor de la mesada
2001				2022
\$ 251.849,27	43,27	111,41	2,575	\$ 648.452,00
Valor de la mesada a 2022				\$ 648.452,00

Conforme se evidencia la primera mesada debidamente actualizada a la fecha de exigibilidad del derecho, esto es 2022, equivale a \$648.452, suma que es inferior a un SMMLV de esa anualidad, que correspondía a \$1.000.000, y como quiera que por mandato constitucional y legal en Colombia no pueden existir pensiones inferiores a un SMMLV, la prestación del señor Ortega Ojeda será reconocida en cuantía equivalente a un SMMLV. En este orden, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en el que se conoce la sentencia en favor de la UGPP, habrá de modificarse la decisión de primer nivel.

Por último, frente a la compartibilidad pensional, se advierte que a partir de la aprobación de los Acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, en virtud de los cuales, las pensiones como la que es objeto de análisis pasaron a ser compartidas y por tanto incompatibles con las que eventualmente reconociera el ISS, respecto de la cual la empleadora únicamente se obligó a pagar el mayor valor si lo hubiere. Pero esa subrogación del empleador no se produjo de manera automática, sino, siempre que continuara realizando los aportes con destino al ISS y hasta la consolidación de la prestación ordinaria. Lo que es lógico, pues, de no haber efectuado esos pagos, no podría verse relevado el empleador de sus propias obligaciones, lo cual tiene sustento legal en lo dispuesto por el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que puntualmente dispuso:

ARTÍCULO 17 COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES SANCION. Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

En el caso presente, como ya se precisó, la pensión de jubilación por despido sin justa causa del demandante se consolidó el 10 de agosto de 2001, es decir, cuando por ministerio legal se había dispuesto que esta era de naturaleza compartida con la que el ISS le llegare a reconocer, siempre y cuando su empleador hubiese afiliado y realizado aportes para contribuir a la construcción de la pensión de riesgo común -vejez, invalidez o muerte-.

Por lo anterior, en caso de que al actor le sea reconocida pensión por parte del sistema general de pensiones, y allí se tengan en cuenta aportes realizados por el empleador IDEMA, habrá de compartirse esta prestación, quedando a cargo de la UGPP solo el mayor valor, si lo hay.

Por último, frente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada se advierte que esta no se encuentra probada, como quiera que el derecho del actor se hizo exigible el 25 de enero de 2022, y esta demanda se radicó el 21 de octubre de 2020, por ende, el término trienal prescriptivo al que aluden los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS no transcurrió entre una fecha y otra.

Por lo anterior, la liquidación de esta prestación quedara así:

Tabla del retroactivo pensional					
Desde	Hasta	Incremento del SMMLV	Valor de mesada pensión restringida	No. Pagos	Valor Retroactivo
25/01/2022	31/12/2022		\$ 1.000.000,00	13,2	\$ 13.200.000,00
01/01/2023	31/08/2023	16,00%	\$ 1.160.000,00	9	\$ 10.440.000,00
Valor del retroactivo pensional					\$ 23.640.000,00

Por lo expuesto, se modificará el numeral primero del resuelve en el sentido de indicar que para el año 2022, la mesada pensional del actor correspondía a \$1.000.000, y a fijar como retroactivo pensional causado desde el 25 de enero de 2022 al 31 de agosto de 2023 la suma de \$23.640.000. Y se confirmará en lo demás.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la **UGPP** como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

PRIMERO: CONDENAR a la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural hoy UGPP a reconocer al señor César Ortega Ojeda pensión de jubilación convencional artículo 98, la que se ordena pagar efectivamente a partir del 25 de enero de 2022, mesada pensional \$1.000.000 junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, más los incrementos anuales que fije el Gobierno Nacional de ahí en adelante.

El retroactivo pensional causado desde el 25 de enero de 2022 hasta el 31 de agosto de 2023 la suma de **\$23.640.000.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502320220043701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ PAPAGAYO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ PAPAGAYO** que se **declare** la nulidad o ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A., por el incumplimiento del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Colpensiones a recibir de Porvenir todas y cada una de las cotizaciones realizadas a pensiones hasta la fecha en que se realice su retorno a Colpensiones, junto con los intereses de mora e indexación; que se **condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació el 10 de abril de 1955; que cotizó al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 03 de febrero de 1975; que fue trasladado al

RAIS con Porvenir en diciembre del año 1999, acto que no estuvo precedido de la suficiente información por parte del fondo por lo que no existió consentimiento en libertad y voluntariedad; que los días 03 y 04 de mayo de 2022 radicó reclamaciones ante Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, encaminadas a obtener la ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM, las cuales fueron negadas.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 04 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 10 de abril de 1955; que cotizó al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 03 de febrero de 1975; que fue trasladado al RAIS con Porvenir en diciembre del año 1999 y que el día 04 de mayo de 2022 radicó reclamación ante Colpensiones, encaminada a obtener la ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM, la cual fue negada por la administradora pública. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 1 a 33 archivo 06 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ni negó ninguno, indicando que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de marzo de 2023 (archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ PAPAGAYO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ PAPAGAYO, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de causación hasta la fecha de su pago y con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al señor JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ PAPAGAYO, en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que los afiliados al Sistema Pensional de Seguridad Social contaban con el derecho de escoger libremente el régimen al que deseen pertenecer, conforme lo preceptuaba el literal e) del artículo 13 Ley 100 de 1993; que el artículo 1604 del Código Civil consignaba que la prueba de la diligencia o cuidado incumbía al que ha debido emplearlo, de ahí que a las AFPs les correspondiera acreditar el cumplimiento del deber de información, pues eran ellas las llamadas a atender tal obligación.

Advirtió que, como pruebas documentales referentes a la afiliación del demandante al RPM y posterior traslado al RAIS, se encontraban el reporte de las semanas cotizadas expedido por Colpensiones, el formulario de afiliación al RAIS del 12 de octubre de 1999, la historia laboral consolidada y el certificado de SIAFP, de las cuales se establecía que el demandante estuvo afiliado al RPM entre el 03 de febrero de 1975 y el 31 de octubre de 1999; que decidió trasladarse de régimen a la AFP Porvenir S.A. a partir del 01 de noviembre de 1999, y fondo al que a la fecha de la audiencia continuaba afiliado.

Resaltó que, en relación con la obligación de la debida asesoría a cargo de las AFPs, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha efectuado múltiples pronunciamientos en los que ha concluido que es deber de estas entidades brindar una información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; que la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial data del año 2008; que sus lineamientos se habían ratificado en sentencias más recientes como la SL4964-2018 y la SL146- 2019, de las cuales el Juez extrajo las siguientes subreglas: i) que las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindar una información, completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría dejar régimen anterior y las posibles consecuencias futuras; ii) que en esta clase de procesos operaba la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado y iii), por último, que era procedente declarar la ineficacia del traslado con independencia de que el afiliado fuese beneficiario del régimen de transición.

Expuso que, en el caso que nos ocupa no existía material probatorio suficiente para acreditar que al demandante se le hubiese suministrado la información necesaria y relevante, hecho positivo que debía ser demostrado por Porvenir S.A. por operar en este caso la inversión de la carga de la prueba, conforme lo indicado anteriormente. Determinó que a esta AFP le correspondía acreditar que en efecto existió la explicación debida sobre las reales implicaciones que generaría el cambio de régimen y que pese a ello, los únicos elementos de juicio allegados fueron las historias laborales y el formulario de afiliación, los cuales por sí solos, resultaban insuficientes para cumplir con la carga probatoria, tal y como lo había señalado la Corte Suprema de Justicia y el Decreto 663 de 1993; que no era posible establecer que para el año 1999, el actor hubiese recibido una información completa, veraz, precisa y necesaria. Además, resaltó que del interrogatorio de parte del demandante no se desprende que éste hubiese recibido información sobre el funcionamiento y características del RPM, lo que era necesario para garantizar la toma de una decisión debidamente informada.

Concluyó que, lo procedente era acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, declarar la ineficacia del traslado que la demandante efectuó del RPM al RAIS administrado inicialmente por Porvenir S.A.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal,

por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Para tal efecto refirió que el a quo no tuvo en cuenta que para el año del traslado no se exigía de las AFP el cumplimiento del deber de información con el grado de rigurosidad que lo pretendía el Despacho, pues para esa data bastaba con la firma del formulario de afiliación para efectuar el traslado y que Colpensiones no podía negarse a ello. Refirió que el Juzgador no tuvo en cuenta que el demandante se encontraba inmerso en la prohibición legal prevista en la Ley 100 de 1993 para efectuar el traslado y que la finalidad de tal disposición era respetar los derechos y obligaciones adquiridas por los afiliados y las AFPs. Finalmente, refirió que la información que supuestamente no le había sido entregada al actor al momento del traslado se encontraba en la mentada Ley 100 de modo que era de público conocimiento y acceso.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación parcial, específicamente contra el numeral segundo en lo atinente a ordenar la devolución de los gastos de administración y la indexación de los aportes a restituir. Para tal efecto, argumentó que la indexación ordenada era incompatible con la orden de devolución de rendimientos financieros, como quiera que la primera correspondía a una simple actualización monetaria para mantener el valor adquisitivo de la moneda, pero lo cierto era que en este caso los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor no se habían visto afectados por la inflación, pues por el contrario sobre ellos se generaron rendimientos que superaban los mínimos establecidos en la Legislación y que al respecto las Salas Laborales del Tribunal Superior del Distrito de Cundinamarca y de Medellín han revocado la orden de indexar por considerar que ello ya se había suplido con los rendimientos, de manera que mantener tal condena generaría un rendimiento sin justa causa para Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a la AFP retornar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor en el RAIS debidamente indexados, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ PAPAGAYO** nació el día 10 de abril de 1955 (f°147 archivo Expediente Administrativo dentro de archivo 08 1ª inst. exp. Digita); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 03 de febrero de 1975, hasta el 31 de octubre de 1999, acumulando un total de 659,57 semanas (f°147 archivo Expediente Administrativo dentro de archivo 08 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 12 de octubre de 1999 a través de formulario de afiliación solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de diciembre de 1999** (f° 71 y 75 archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliado.

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que adicionalmente, el demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de

información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto*

Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–01 de diciembre de 1999 –**, la obligación de la AFP Porvenir S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información

suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra formulario de solicitud de afiliación a Porvenir S.A., de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que de los mismos pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] *firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado*» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que el demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFP suministrar

la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de

la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), conforme lo ordenó la Juez de primera instancia, por lo que se deberá confirmar la decisión en su integridad.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual del actor generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que al respecto formuló Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019), de modo que no le asiste razón a Colpensiones en los argumentos expuestos en su recurso de alzada.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Respecto de las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones y de Porvenir, como quiera que no prosperaron los recursos formulados.

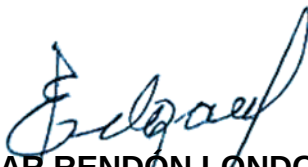
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de marzo de 2023.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir, la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502420180006501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS EDUARDO ZAMBRANO PUENTES
DEMANDADO	LABORATORIOS LIMITADA DE BOGOTÁ S.A.S.

En Bogotá D. C. a los Veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Luis Eduardo Zambrano Puentes** se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de abril de 2003, al 30 de junio de 2017; que en virtud de la relación laboral se le adeudan todas las prestaciones sociales; que el contrato laboral se dio por terminado unilateralmente por parte del empleador; que los pagos a seguridad social integral estuvieron únicamente a su cargo. En consecuencia, se condene a la demandada al pago de prima de servicios, auxilio de cesantías, sanción por no consignación a las cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones de toda la relación laboral; se condene por concepto de indemnización moratoria, a los pagos al sistema de seguridad social integral y a las condenas ultra y extra petita (fº 5 a 7 y 80 a 81, exp. Físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 2 a 5 y 78 a 80. exp. físico), señaló en síntesis, que laboró de manera personal e ininterrumpida mediante un contrato verbal de trabajo al servicio de la empresa Laboratorios Limitada de Bogotá desde el 3 de abril de 2003; que durante la relación laboral se desempeñó a órdenes

de la empresa ocupando el cargo de mensajería, realizando entre algunas tareas específicas, tales como: i) entrega de productos a clientes de la empresa; ii) recoger cheques de proveedores de la empresa; iii) radicación de facturas a clientes de la empresa; y iv) efectuar compras de artículos solicitados.

Arguyó que, durante la relación laboral recibió por concepto de salarios mensuales los siguientes:

AÑO	SALARIO
2003	\$1.200.000
2004	\$1.400.000
2005	\$1.600.000
2006	\$1.800.000
2007	\$2.000.000
2008	\$2.200.000
2009	\$2.400.000
2010	\$2.600.000
2011	\$2.800.000
2012	\$3.000.000
2013	\$3.200.000
2014	\$3.400.000
2015	\$3.400.000
2016	\$3.600.000
2017	\$3.800.000

Adujo que, el 30 de junio de 2017, de forma verbal el gerente comercial de la empresa Juan Carlos Torres Echenique dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa; que durante la relación laboral estuvo bajo subordinación por parte de Pedro Rodríguez en calidad de Jefe de Despachos, Sandra Cárdenas en calidad Auditora y Jorge Lugo en calidad de Jefe de Operaciones; que la empresa en aras de ejercer control sobre sus funciones implementó el seguimiento a través de ruta para optimizar la jornada laboral; que debía solicitar permisos para poder asistir a las citas médicas; que el señor Jorge Lugo en calidad de trabajador de la empresa a través de llamadas telefónicas a los clientes verificaba la hora de entrega de los productos, facturas, etc.

Acotó que, durante la relación laboral debía ingresar a las 7:00 a.m. y salir a las 5:00 p.m. de lunes a viernes; que devengó como último salario diario la suma de \$193.000; que no le fueron pagadas las acreencias laborales como consecuencia de la terminación unilateral sin justa causa; que el día 21 de julio de 2017, mediante escrito solicitó a la empresa el pago de las prestaciones sociales; que la empresa contestó su solicitud el día 11 de agosto de 2017, indicándole que el vínculo contractual que había existido entre las partes era un contrato de transporte.

Por último, narró que el día 22 de agosto de 2017, se levantó constancia de no comparecencia No. 2321 por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC 03 de la Dirección Territorial de Bogotá del Ministerio del Trabajo y el día 12 de octubre de 2017, se levantó constancia de no acuerdo No. 1679.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La sociedad **LABORATORIOS LIMITADA DE BOGOTÁ** contestó (f° 97 a 111, 481 a 491, exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó ser parcialmente cierto el numeral 10 y ciertos los numerales 15, 16, 17, 19, 20 y 22, sustentando que los pagos que recibió el actor correspondieron al contrato de prestación de servicios de transporte de mercancías suscrito entre las partes, motivo por el cual no se le pagó acreencias laborales y los aportes a seguridad social debía realizarlos el señor Zambrano por su propia cuenta, por cuanto no había una relación laboral entre las partes; en relación a los demás hechos dijo no ser ciertos.

En su defensa propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, prescripción, temeridad y mala fe, ausencia de prueba de lo que se pretende, compensación y las demás que resulten probadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de junio de 2021 (CD 514, acta 515, exp. Físico), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada **LABORATORIOS LTDA DE BOGOTÁ** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor **LUIS EDUARDO ZAMBRANO PUENTES**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, propuestas por la pasiva, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante señor LUIS EDUARDO ZAMBRANO PUENTES. Líquidese por Secretaría incluyendo en ellas la suma de \$100.000 como valor en que se estiman las agencias en derecho.

Para fundamentar su decisión, sostuvo la Juez de primera instancia que al hacer un análisis de los medios probatorios documentales y testimoniales, la parte actora había cumplido con la carga de la prueba que le correspondía, al acreditar la prestación personal del servicio como conductor de un vehículo de transportes de su propiedad a favor de la demandada, obrando a su favor la presunción legal contemplada en el artículo 24 del CST, es decir, que se presumía que la relación que lo ató con la demandada había estado regida por un contrato de trabajo, de ahí que demostrada la prestación personal de servicios se trasladaba la carga de la prueba a la empresa accionada a fin de que desvirtuara la subordinación o dependencia del trabajador respecto al empleador.

Dijo que, la parte accionada había desvirtuado dicha subordinación al probar que la actividad que desarrollaba el actor la realizaba de forma independiente y autónoma, ya que podía enviar a otra persona a conducir el vehículo de su propiedad de placas USE 539, tal y como lo habían mencionado los testigos Jorge Lugo y Sandra Cárdenas, quienes habían dicho que cuando el demandante no podía ir a cumplir con su actividad enviaba a un familiar, si bien el señor Zambrano había negado tal situación al indicar que cuando se enfermaba, era la empresa quien buscaba a otra persona y el señor Lugo tenía un primo que prestaba el servicio y no se usaba su carro, la señora Ana Sofía León Carrero había corroborado lo indicado por los señores Lugo y Sandra Cárdenas, al afirmar que su esposo sí podía enviar a otro conductor, pero que la empresa ya tenía las personas que le colaboraban, versión que también se corroboraba por lo dicho por los testigos Diego Armando Tapiero y César Alejandro, quienes manifestaron que en alguna ocasión vieron a un reemplazo manejando el carro del demandante, pero que no recordaban el nombre.

Agregó que, los señores Diego Armando Tapiero y César Alejandro mensajeros de la convocada a juicio coincidían en señalar que ellos recibían la mercancía que tenían que distribuir y eran los encargados de firmar las planillas, lo cual se soportaba con la información contenida en las planillas allegadas al expediente suscritas por los mensajeros de la sociedad. Precisó que, el hecho de que se le hubiera entregado un carné de identificación al actor y una camiseta con los logos o identificación de la

empresa, no conllevaban a la existencia de la relación laboral, ya que se utilizaban era para identificarse como prestador de servicios, pero no daba cuenta de ningún acto de subordinación.

Acotó que, había quedado acreditado que la empresa le pagaba al señor Zambrano el alquiler de la camioneta como lo había sustentado en su interrogatorio al señalar que el valor que le reconocía la empresa por su labor de conductor y el alquiler de la camioneta era uno solo, manifestando que él era el encargado de su mantenimiento y de lo relativo al combustible que debía suministrar, asimismo cuando se le había preguntado por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó la contratación, el demandante había confesado que el señor Gregorio Torres el 03/04/2003, lo llamó a la oficina y le dijo que quería que la camioneta le prestará el servicio de transporte de mercancía.

Refirió que, tampoco podía considerarse la existencia de un contrato laboral por el hecho de los testigos Ana Sofía León, Diego Armando Tapiero, César Mamaní Moya y Jorge Lugo hubiesen manifestado que se cumplía un horario al tener que ingresar el actor a las 7:00 a.m. al ser el encargado de transportar la mercancía que le entregaban a los mensajeros quienes tenían que cumplir un horario, como quiera que tal circunstancia constituía apenas una prueba indiciaria que no podía ser analizada en forma insular o aislada, siendo viable que en este caso para una adecuada coordinación se pudiera fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones, lo importante era que dichas acciones no desborden su finalidad.

Concluyó que, ante la ausencia de elementos de juicio suficientes que dieran cuenta de la existencia de una verdadera relación de trabajo entre el demandante y la sociedad Laboratorios Limitada que permitieran establecer la causación y titularidad de los derechos reclamados, aunado de la imposibilidad en este escenario de superar tal efecto probatorio, no surgía alternativa distinta que absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala revisar la decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, acorde con el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Sala de decisión establecer: *i)* si las partes estuvieron ligadas por una relación laboral dependiente y subordinada, o si, por el contrario, lo que existió fue un contrato de prestación de servicios de transporte de mercancías, ejecutado en forma autónoma e independiente por el demandante y regido por normativas ajenas al derecho laboral; *ii)* como consecuencia de lo anterior, se verificará si hay lugar al reconocimiento de las acreencias laborales e indemnizaciones solicitadas; *iii)* por último, se analizará si operó o no el fenómeno prescriptivo.

EXISTENCIA DEL CONTRATO LABORAL

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece: «*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*». Así pues, le basta al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto tiene plena operancia la presunción del antedicho artículo 24 CST, como quiera que se encuentra reconocido por las partes que el señor Luis Eduardo Zambrano prestó sus servicios personales para la empresa demandada para el transporte de mercancías, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar como bien se dijo inicialmente que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador a quien le corresponde desvirtuarlo, tal y como lo ha tenido por sentado la alta Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL1439-2021, en la cual señaló:

A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica

para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.

Agregó, la Corte Suprema Sala Laboral en la sentencia citada algunos indicios para la determinación de la relación de trabajo subordinada, indicando:

La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)¹.

Bajo lo anterior, procede la Sala a verificar el caudal probatorio a fin de verificarse las condiciones de su ejecución y, por consiguiente, si en efecto el demandado se encontraba bajo subordinación de la sociedad demandada.

Como pruebas documentales se aportó por el promotor del proceso carta de fecha 21 de julio de 2017, dirigida al señor José Gregorio Torres Ramírez en calidad de Representante Legal de Laboratorios Ltda. de Bogotá, en donde manifiesta su inconformidad con el despido y la reclamación de la existencia de un contrato laboral y el no pago de acreencias laborales (fº32), respuesta por parte de la empresa a la carta presentada por el actor, en donde le indica que el vínculo que los ató fue la de

¹ En general, podría afirmarse que los indicios contruidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

transporte para trasladar mercancías, dispositivos médicos, facturas, documentos y otros elementos para ser entregados a sus destinatarios (f°33), constancia de no acuerdo No. 1679 expedida por la Inspección de Trabajo RCC7 del Ministerio de Trabajo de fecha 12 de octubre de 2017 (f° 34), carné de identificación del señor Luis Eduardo Zambrano como conductor de la empresa demandada (f° 35 y 36); y comprobantes de egreso (f° 37 a 74).

De otro lado, la demandada incorporó como pruebas documentales comprobantes de egreso por transporte, flete y acarreos de los años 2007 a 2017, algunos de estos acompañados con soporte de pago a seguridad social (f°112 a 177 y 179 a 369), certificado de tradición No. 1881 del vehículo camioneta Chevrolet de placas USE 539, expedido el 28 de agosto de 2018, por la Secretaría de Movilidad de la Alcaldía de Chía – Cundinamarca, en la cual consta que el propietario es el señor Luis Eduardo Zambrano (f° 178), copia de formatos PA-RH-FO-02 de control de llegada de empleados (f° 370 a 425), constancia de entrega de mercancías por parte de los mensajero de los años 2015, 2016 y 2017 (f° 427 a 469), carta de compromiso suscrita por el actor de fecha 22 de abril de 2003 (f° 470), copia de contrato de prestación de servicios de transporte de bienes con disponibilidad de personal entre Laboratorios Ltda. de Bogotá en calidad de contratante y Quick Help S.A.S., suscrito por la demandada de fecha 30 de junio de 2017 (f°471 a 479).

En cuanto a las declaraciones vertidas dentro del proceso, fueron llamados como testigos Ana Sofía León en calidad de compañera permanente del demandante y quien también trabajó para la empresa demandada, los señores Jorge Lugo, Diego Armando Tapicero Núñez, Sandra Cárdenas y César Alejandro Mamaní Moya, todos ellos igualmente señalaron haber laborado para la compañía.

La señora **Ana Sofía León** manifestó que inició sus labores para la accionada en el año 1990, realizando licitaciones, después pasó a Jefe de Compras, Asistente de gerencia y terminó como Jefe de Cartera; refirió que el señor Luis Eduardo Zambrano era conductor de la empresa y transportaba mercancía; que el vehículo era de propiedad del señor Zambrano; que le pagaban quincenalmente para lo cual debía llevar una planilla de lo que había hecho en la semana, pero que de todas manera él tenía un salario diario que al final correspondió a la suma de \$193.000; que el demandante tenía que cumplir un horario, debiendo ingresar a las 7:00 a.m.; que para cumplir la labor el señor Luis Zambrano iba acompañado de un auxiliar.

Añadió que, en la empresa únicamente prestaba el servicio como conductor su esposo con su camioneta, pero cuando él tenía que salir la empresa contrataba otras personas que tenían y ese día que no prestaba el servicio no se lo pagaban; que el actor podía mandar a otro conductor para prestar el servicio, pero que la empresa ya tenía 2 o 3 personas que le ayudaban en las entregas; que cuando su compañero enviaba a otro conductor quien le pagaba era directamente la compañía y el carro que se utilizaba era el del señor Luis; recalcó que en una época hubo unas planilla donde el demandante debía firmar el ingreso y se ponía a la entrada de la empresa.

Hizo un relato de cómo era la actividad que ejecutaba el promotor del proceso, indicando que algunos días la entrega de la mercancía se hacía a las 7:30 a.m., otros días a las 8:00 a.m. y otros a las 8:30 a.m., dependiendo de los inconvenientes que se presentarían, por ejemplo, cuando no se tenía la lista de la mercancía o que se había demorado la factura, una vez entregada la mercancía y la planilla salía hacer el recorrido con el auxiliar que se le asignará.

El señor **Jorge Lugo** depuso que prestó sus servicios para la accionada entre los años 2014 a 2019, como Jefe de Operaciones encargado de las compras, bodega y despachos, relató que el señor Zambrano prestaba los servicios de transporte en su camioneta y nunca estuvo contratado directamente con la compañía; que le constaba porque cuando ingresó a laborar para la demandada le explicaron claramente cuáles eran las actividades de cada uno de los funcionarios que iba a tener a su cargo, siendo el actor la persona que llevaba a un mensajero de la empresa a los sitios donde tenían que entregar pedidos; sostuvo que el actor no tenía que cumplir un horario, quienes tenían que cumplir un horario eran los empleados de la empresa quienes debían ingresar a las 7:00 a.m., siendo lo ideal a partir de dicha hora alistar la ruta y entregar los pedidos para que salieran a despacho; que la mercancía no se le entregaba directamente al actor sino al mensajero.

Acotó que, el señor Zambrano podía enviar a otro conductor sino podía asistir ya fuera porque tuviera una cita médica o alguna diligencia personal, teniendo la potestad de que lo remplazará un familiar para que manejara el vehículo; afirmó que el actor no tenía que firmar planillas de hora de llegada, ya que era un documento exclusivo de los funcionarios contratados por la compañía; que el señor Luis utilizaba una camiseta como distintivo para que los clientes identificaran como una persona que tenía algún vínculo con la empresa, era la imagen de la compañía frente a sus clientes; aseveró que el señor Zambrano nunca tuvo llamados de atención, que los llamados de atención que en alguna oportunidad se hicieron fue al mensajero asignado a la

ruta, porque se había reportado en la planilla de entrega un horario y que al llamarse a los clientes se había indicado un horario distinto.

Diego Armando Tapicero Núñez dijo que fue empleado para la empresa entre 2016 y 2017, ejerciendo la labor de mensajero; que conoció al actor porque era el que conducía la camioneta para entregar los insumos y facturas; que debían cumplir un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes; que se debía firmar una planilla de control en la empresa, pero existía otra planilla donde se llevaba el control de las entregas y el cliente al que se le entregaba o donde se recogían los productos, que generalmente era diligenciada por él; también mencionó que la mercancía era entregada directamente a él como mensajero.

Recalcó que, en una ocasión en que el señor Luis Zambrano no prestó el servicio se asignó otro conductor para que manejará la camioneta del demandante; que la empresa les entregaba dotación, jeans, zapatos y camiseta que eran también utilizados por el actor.

La señora **Sandra Cárdenas** refirió que su vinculación laboral con la accionada fue del año 2011 al 2019, ejerciendo la labor de Auditora Interna; que conoció al actor porque era la persona que tenía a disposición su vehículo para transportar los pedidos que salían de la empresa; que pasaba una cuenta de cobro semanal o a veces quincenal de los servicios que se prestaba esos días; afirmó que de acuerdo con las auditorías que recibió por parte del Invima, debía cumplirse con la trazabilidad de los dispositivos médicos que se entregaban, el jefe de operaciones empezaba a organizar la ruta con el mensajero para la entrega de la mercancía a las 7: 00 a.m., debiendo el mensajero hacer la trazabilidad de los productos como era el lote, las fechas de vencimiento, el documento con el que se entregaba el producto y el cliente debía colocar la fecha y hora de salida de la institución.

Adujo que, al actor se le daba una camiseta como imagen de la institución como también en algunos casos se le entregó jean y botas; señaló que el accionante no entraba a ninguna institución, ni a las bodegas, ni manipulaba ningún producto, lo único que hacía era dentro de la camioneta organizar los productos de acuerdo a lo que iba a entregar, se le explicaba las normas que debía cumplir por parte del Invima y Secretaría de Salud.

Relató que, el señor Zambrano era el dueño del vehículo y quien manejaba la camioneta, que en ocasiones cuando el actor debía ir al médico o debía ausentarse,

mandaba a un familiar para que lo remplazará, pero ellos nunca tocaban el vehículo; indicó que cuando el actor terminaba sus recorridos algunas veces volvía a la empresa y otras veces no, cuando volvía era porque tenía que hacer la devolución de la mercancía, pues tenían que cumplirse unas normas cumplirse unas normas.

Finalmente, el señor **César Alejandro Mamaní Moya** relató que trabajó para la empresa demandada entre 2015 a 2017, ejerciendo la labor de auxiliar de almacén y mensajero; al preguntarle la Juez que cargo tenía el señor Luis Zambrano, contestó: *«pues como tal, no recuerdo que era un cargo, pero él era el de transportes, el señor que me dejaba punto A, a punto B el envío de los productos que la empresa manejaba»*. Narró que, el demandante cumplía un horario de 7 a 5, pero no siempre estaba a las 5 de la tarde, ya que dependía mucho de los envíos, explicó que él como mensajero era el encargado de entregar los productos y el señor Luis de transportarlo; indicó que el actor usaba una camiseta de la empresa; que cuando el demandante no podía ir había otra persona que lo remplazaba, recordando que en alguna ocasión no pudo ir y envió un remplazo; mencionó que si en alguna ocasión terminaba el recorrido antes de las 5 debía volver a la empresa, pero el señor Luis no tenía esa obligación.

Del anterior caudal probatorio, concluye esta Sala de decisión que tal y como lo precisó el Juez de primera instancia, en efecto la parte demandada logró desvirtuar la presunción legal que le asistía al actor, como quiera que las razones plasmadas en la demanda relacionados con una subordinación, no se encuentran demostradas como se pasa a explicar.

De la prueba testimonial e interrogatorio de parte del mismo actor, quedó al descubierto que no fue vinculado por parte de la compañía para labores de mensajero como se dice en el escrito inaugural, por el contrario, su actividad correspondió a la de transportar con su propio vehículo los productos de la empresa, debiendo realizar cada recorrido con el mensajero designado por la accionada, pero de ninguna manera se probó que el demandante tuviera una relación directa como trabajador de la sociedad como erradamente lo entiende.

Nótese que el promotor del litigio confundió las obligaciones propias de un contrato de prestación de servicios de transporte de mercancías con las de un contrato laboral, al efecto resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 1008 del Código de Comercio, el cual define el contrato de transporte de cosas, así:

ARTÍCULO 1008. <PARTES>. *<Artículo subrogado por el artículo 18 del Decreto extraordinario 01 de enero 2 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Se tendrá como*

partes en el contrato de transporte de cosas el transportador y el remitente. Hará parte el destinatario cuando acepte el respectivo contrato.

Por transportador se entenderá la persona que se obliga a recibir, conducir y entregar las cosas objeto del contrato; por remitente, la que se obliga por cuenta propia o ajena, a entregar las cosas para la conducción, en las condiciones, lugar y tiempo convenidos; y por destinatario aquella a quien se envían las cosas.

Una misma persona podrá ser a un mismo tiempo remitente y destinatario.

El transporte bajo carta de porte, póliza o conocimiento de embarque, se regirá por las normas especiales.

En relación a este tipo de contratos la Sala de Casación Civil de la Corte de Suprema de Justicia en sentencia CSJ SC8510-2016, señaló:

Tratándose del transporte de cosas, asumen la calidad de partes, de un lado, el remitente, que es la persona que se obliga, por cuenta propia o ajena, a entregar las cosas que deben ser acarreadas, en las condiciones, lugar y tiempo convenidos, y del otro, el transportador, que es quien se compromete a recibir, conducir y entregar los objetos materia del convenio -artículo 1008 ibídem-. El destinatario, que puede ser el mismo remitente, o una persona diferente, es aquel a quien se envían las cosas transportadas y a quien deben entregarse en el lugar de destino. En los términos del citado texto legal, asume el rol de parte, ‘... cuando acepte el respectivo contrato’.

El remitente, porteador o cargador, como también se le llama, y según se dijo, es la persona que se compromete a entregar al transportador los efectos materia del contrato, para su traslado desde el sitio de origen, hasta el lugar de destino. Es entonces quien realiza el encargo, gestión en la cual puede obrar, como lo indica el texto legal antes citado, por cuenta propia o ajena.

Actúa por cuenta propia, cuando encomienda el transporte en su propio beneficio, evento en el cual es indiferente que sea propietario o no de las cosas objeto de él, pues al efecto basta que tenga disponibilidad material sobre ellas. Obra por cuenta ajena, por el contrario, cuando lo contrata, no en su propio beneficio, sino en el de un tercero, para quien actúa, persona que es la real interesada en el contrato y la llamada a recibir sus efectos, vale decir, la afectación patrimonial derivada de él. En tal cometido, el remitente puede actuar, v. gr., como mandatario, comisionista de transporte, es decir, mandatario especializado en la contratación del servicio de transporte para terceros y con terceros, actuando en su propio nombre, agente oficioso, etc.

El transportador, por su parte, queda principalmente obligado a la traslación de las personas o cosas objeto del contrato, desde el lugar de origen, hasta el sitio de destino, desplazamiento en el cual estriba el objetivo del citado pacto y puede llevarse a cabo de manera directa por el transportador, o encargarse, en todo o en parte, a un tercero, bajo la responsabilidad de aquel, sin que por ello varíen los términos del contrato, pues así se lo permite el art. 984 ejusdem. En tal hipótesis, el transportador celebra con un tercero, en su propio nombre y por su cuenta, otro contrato de transporte, con el fin de ejecutar la operación de transporte a la cual se obligó, es decir para atender los compromisos que como transportista asumió en el contrato inicial (CSJ SC210, 30 nov. 2004, rad. n° 0324). (Negrilla y Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, no cabe duda que en el caso bajo análisis se dieron las condiciones del precitado contrato de naturaleza comercial, pues conforme lo dijeron los señores Diego Tapicero y César Mamaní quienes ejecutaron la labor de

mensajeros durante la vigencia del contrato, el señor Luis solo se encargaba de transportarlos, siendo ellos directamente los encargados de manipular la mercancía y entregársela directamente a los clientes; y si bien se llevaba una planilla de ruta conforme lo indicó la señora Sandra Cárdenas que ostentaba el cargo de auditora interna para el momento de los hechos, era un requisito que debía seguirse por ordenes del Invima y de la Secretaría de Salud dado que la mercancía que se transportaba correspondía a implementos médicos, lo cual justifica las razones por las cuales se hacía este tipo de seguimiento que de ninguna manera correspondían a un cumplimiento de metas o de un horario propio de un contrato laboral.

De otra parte, al verificarse las planillas que fueron allegadas por la parte demandada (f° 427 a 469), se comprueba lo dicho por la señora Cárdenas, pues allí se indica la entidad que recibe, documento de identificación, hora de entrega, sello de la entidad y nombre del mensajero, asimismo de acuerdo con el objeto social de la empresa Laboratorios Limitada de Bogotá, según certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (f° 29 a 31), entre otros, se encarga de *«[...] la importación e toda clase de implementos médicos, quirúrgicos, reactivos, vidriaría y en general toda clase de productos que se conocen dentro del comercio como productos de laboratorio [...]»*

Ahora, en lo que respecta al horario quedó acreditado que no era una imposición como tal frente al actor, sino que correspondía al horario en que la empresa hacía la entrega de los productos que comercializaba, reflejándose de acuerdo a la prueba testimonial que el control que dice el actor se daba por medio de las planillas era para poder facturar, es decir, que se pagaba de acuerdo a lo que se transportara cada día, como bien lo precisó la señora Ana Sofía; incluso se dijo por parte de los demás deponentes, que el señor Zambrano podía regresar a su casa si las entregas se terminaban antes de las 5 p.m., recalcando la señora Cárdenas que esporádicamente debía regresar a la empresa, pero cuando no se lograba repartir todos los insumos a los clientes, ello debido a que se trataba de cosas médicas que como bien se indicó anteriormente debía cumplirse con unos parámetros de manipulación impuestos por el Invima y Secretaría de Salud.

Sobre el tema del horario como elemento inherente al objeto principal del contrato de servicios, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1661-2015, indicó:

«[...] si bien indican que el demandante cumplía un horario de trabajo y acataba las instrucciones que le daba la empresa accionada, en particular, de reparar la

maquinaria, ello no le resta fuerza persuasiva a las otras pruebas ni a las conclusiones vertidas en sede casacional, porque el cumplimiento oportuno del mantenimiento y reparación de la maquinaria era una actividad inherente al objeto principal del contrato de servicios, de modo que esas exigencias no tienen por qué que ser vistas como conductas subordinantes.

Pero además, como lo ha sostenido esta Corporación, a pesar de ser el cumplimiento de un horario de trabajo, un indicativo de la subordinación, tal hecho no hace concluir forzosamente la existencia de la subordinación cuando del análisis de otros medios probatorios el juzgador deduce que, en realidad, existió una prestación de servicios personales de carácter independiente y autónoma (CSJ SL8434-2014; CSJ SL14481-2014).

Por otra parte, en el caso *sub examine* quedó demostrado que el señor Luis podía ausentarse sin que ello le acarrearía alguna sanción disciplinaria, también estaba facultado para sub contratar en caso de no asistir; que el día en que no se prestaba el servicio simplemente no le era facturado y por lo tanto, no se le pagaba, aspecto que evidencia que el prestador del servicio era independiente y autónomo; aunado a lo anterior, pero no menos importante, se observa que el elemento principal con el que se prestaba el servicio, esto es, el vehículo automotor era de propiedad del promotor del litigio y no de la empresa, tal y como lo tenía claro el señor Zambrano desde el inicio de la contratación, como bien lo precisó en su interrogatorio de parte donde dijo:

«Sí señora, yo celebre un contrato verbal con el señor José Gregorio Torres el 03/04/2003, él me llamó a la oficina, yo estaba allá abajo, me llamó y me dijo que quería que mi camioneta le prestará el servicio de transporte de mercancías; yo quiero que usted trabaje con la empresa, trabaje con nosotros, le voy a dar un celular, le voy a dar un mensajero para la entrega, su horario va a ser de 7:30 a.m., en ese entonces; cuando yo empecé con él era de 7:30 a 4:30, después lo cambiaron de 7 a 5 de lunes a viernes; y necesito que usted, como cambian los mensajeros sea el responsable de la mercancía, sea el responsable del recorrido».

De otro lado, en cuanto al uniforme que debía utilizar el demandante y el carné de identificación, en este caso en concreto tampoco resulta ser un indicio de subordinación, pues si bien jurisprudencialmente se ha entendido así, lo cierto es que en este caso en particular correspondió a un tema de imagen de la compañía, como lo hizo saber los señores Jorge Lugo y Sandra Cárdenas, pues téngase en cuenta que los implementos que se transportaban eran médicos, siendo razonable que sus clientes pudieran tener la confianza de que las personas que entregaban los insumos realmente tuvieran una relación directa con el laboratorio, ya fuera por ser sus trabajadores o contratistas independientes.

Bajo tales postulados, fácil resulta concluir que el *a quo* no se equivocó en descartar la existencia de un contrato laboral, pues claramente no se dan los elementos del mismo; por el contrario, se evidencian que se estaba en presencia de un contrato de transporte de cosas de naturaleza comercial.

Por lo anterior, habrá de confirmarse de decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

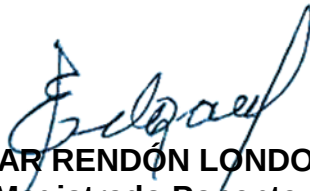
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
Salva Voto



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502520190076501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÁLVARO MORALES LÓPEZ
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - AFP PROTECCIÓN S.A. - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Álvaro Morales López** se declare que tiene derecho al pago de la devolución de aportes de acuerdo con lo señalado en la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se ordene a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir el bono pensional a favor de la AFP Protección S.A.; que se ordene a la AFP Protección S.A. a reconocerle y pagarle la devolución de aportes; que se condene a las demandadas a la indexación, al pago de costas y agencias en derecho, y a lo que resulte probado ultra y extra petita (f° 31 exp. físico).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°30 exp. físico), señaló en síntesis, que laboró en varias empresas privadas cotizando al ISS hoy Colpensiones; que de forma alterna laboró y cotizó en el Magisterio; que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación mediante resolución 4451 del 6 de noviembre de 2009.

Narró que, mediante derecho de petición de fecha 22 de marzo de 2017, radicó ante Colpensiones solicitud de traslado de aportes a la AFP Protección S.A.; que Colpensiones dio respuesta negativa mediante oficio del 26 de mayo de 2017; que el día 27 de junio de 2017, solicitó ante Protección S.A. realizará los trámites correspondientes con Colpensiones para realizar la devolución de aportes, solicitud que fue negada, igualmente solicitó ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorizará el bono pensional el día 22 de marzo de 2017, el cual también se resolvió de manera negativa.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** contestó (f° 258 a 266 - exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que el actor laboró y aportó para el Magisterio recibiendo una pensión de jubilación por parte de dicha entidad, tuvo por ciertos también los hechos que se relacionaron con la petición que presentó ante la demandada y su respuesta; respecto de los demás hechos dijo no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación a cargo de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó (f° 275 a 283 - exp. físico), oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la vinculación del actor ante dicha entidad y los aportes realizados, en relación a los demás hechos manifestó no constarle.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de fondo de inexistencia del derecho y de la obligación en cabeza de Colpensiones, falta de legitimación en la

causa por pasiva, buena fe y principio de legalidad, prescripción y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 287 a 295 - exp. físico), también oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos admitió la afiliación del actor al RPM y las peticiones que fueron presentadas por él ante dicha entidad y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto a los demás hechos dijo no ser cierto el numeral 7 y no constarle los demás.

Propuso las excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación de devolución de saldos de los aportes que pretende el demandante traslade de Colpensiones a Protección, buena fe, imposibilidad jurídica de realizar la devolución de saldos de los bonos pensionales a cargo del emisor, responsabilidad del emisor del bono pensional en su pago a Protección para atender la devolución de saldos, inexistencia de intereses moratorios o indexación y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de octubre de 2021 (CD f° 307, exp. físico), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** debe efectuar a favor del demandante al señor **Álvaro Morales López** con cédula de ciudadanía 19.229.809, el traslado de aportes de pensión de vejez por el periodo comprendido entre 04/02/1976 al 01/12/1993, por el cual sumó 460,43 semanas de cotización con destino a la AFP Protección S.A. a través de bono pensional, y esta última quien deberá en todo caso recibir los mismos y posteriormente efectuar la devolución de saldos a favor del demandante ya mencionado, con lo rendimientos financieros a que haya lugar e indexación de dichos valores, por lo motivado. El trámite es primero a la AFP reciba el bono e incluya esas semanas en la historia laboral del demandante y proceda a la devolución de los saldos como se solicita.

SEGUNDO: DECLARAR y ORDENAR a la demandada la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público por intermedio de su oficina de bonos pensionales emita, redima y pague un bono tipo A, a favor del demandante señor **Álvaro morales López** ya identificado debidamente actualizado y capitalizado a la fecha de su pago con dirección a la AFP Protección S.A. para que ingrese a la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos financieros sobre un total de 460,43

semanas cotizadas al sistema general de pensiones, por motivado en la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP Protección S.A. a la devolución de saldos de pensión de vejez por el periodo comprendido entre el 4/02/1976 al 01/12/1993, previo traslado de estos por parte de Colpensiones y la emisión del bono tipo A, emitido por la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales a favor del demandante ya identificado con los rendimientos financieros a que haya lugar e indexación de dichos valores, por lo motivado.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones y las demás excepciones propuestas por las demandadas, que por las results del proceso no se analizaron, por lo motivado.

QUINTO: COSTAS a cargo de las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y la AFP Protección S.A. y a favor del demandante en la suma de \$1.200.000, por cada uno de ellos, por lo expuesto.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo el sentenciador de primera instancia que se encontraba acreditado que el demandante ostentaba la calidad de pensionado por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien le reconoció pensión de jubilación mediante resolución número 4451 del año 2009, a partir del 19 de marzo de 2009, por aportes efectuados a las entidades del estado con los cuales laboró como docente oficial.

Paso seguido, hizo referencia a la norma que trata sobre la devolución de saldos, esto es, al artículo 66 de la Ley 100 de 1993, igualmente sostuvo que tratándose de devolución de saldos y bonos pensionales administrados y en cabeza de fondos de privados cuando el afiliado gozaba del estatus de pensionado como sucedía en el presente caso, debía remitirse a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL556-2020.

Enfatizó que, de acuerdo a la anterior cita jurisprudencial se tenía que una cosa era la pensión de jubilación otorgada por el Magisterio a favor del accionante y otra muy diferente era la devolución de saldos, de manera que se trataban de dos prestaciones con diferente finalidad, naturaleza, fuente de financiamiento y que estaban a cargo de distintas entidades, por un lado la pasiva Colpensiones y por otro lado la accionada Protección S.A., con lo que se lograba concluir que las dos prestaciones eran plenamente compatibles, siendo viable ordenar el traslado de los aportes por semanas cotizadas en el régimen de prima media con prestación definida

administrado hoy por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad al cual se encontraba afiliado el señor demandante.

Arguyó que, el actor cumplía con los requisitos del artículo 66 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la devolución de saldos dado que contaba con 67 años de edad y carecía del número mínimo de semanas de cotización exigidas, por lo que no había logrado acumular el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al SMLMV, todo esto dentro del RAIS. Recalcó que, conforme a la historia laboral de semanas de cotización del demandante en Colpensiones se tenía que había cotizado en el sector privado como empleado dependiente un total de 3.223 días que equivalía a 460,43 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

Indicó que, le correspondía al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la expedición del bono pensional con base en la liquidación aprobada por el afiliado, una vez fuera aceptada sin objeción alguna, debía emitir, redimir y pagar dicho bono pensional debidamente actualizado a la fecha de su pago y una vez realizado, le correspondía a Protección S.A. poner a disposición del demandante la devolución de saldos.

Aclaró que, Colpensiones debía efectuar a favor del demandante el traslado de aportes de la pensión de vejez por el periodo comprendido entre el 4 de febrero de 1976 al 01 de diciembre de 1993, con destino a Protección S.A. a través de un bono pensional y esta última al recibir dichos aportes y posteriormente efectuar la devolución de saldos a favor del actor, lo cual debía hacer junto con los rendimientos financieros a que hubiere lugar y a la indexación de dichos valores.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación, el cual sustentó en que se encontraba inconforme con la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que el actor cuenta con una pensión ya reconocida, de manera que al confirmarse lo

decidido en primera instancia, se estaría violando lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Precisó que, la AFP Protección S.A. no ha realizado ante la entidad el trámite interno correspondiente para realizar el traslado de los aportes de manera efectiva ya que de conformidad con el procedimiento interno es obligación de dicho fondo realizar la verificación de la historia laboral. De otro lado, sostuvo que se encontraba inconforme respecto de la condena en costas, frente a lo cual debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 365 del CGP aplicable al procedimiento laboral atendiendo lo dispuesto en el artículo 145 del CPTSS, en donde se facultad al juez a considerar la conducta de la parte vencida en juicio, debiéndose contemplar que en este caso no se encontraba probada la mala fe.

Protección S.A. también interpuso recurso de apelación, solicitando se modifique la decisión de primer grado en el entendido que se estaba disponiendo el traslado de aportes por parte de Colpensiones por medio de un bono pensional, al tiempo que se estaba condenando al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la emisión, liquidación y pago de un bono pensional; por lo tanto, se estaría realizando una doble condena por exactamente el mismo tiempo, debiendo ser lo procedente la condena al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y a Colpensiones a la liquidación, emisión y pago de las cotizaciones que fueron efectuadas precisamente en Colpensiones por 460 semanas.

Solicitó también fuera absuelto al pago de la indexación de las sumas objeto de condena, como quiera que una vez recibido el valor del bono pensional actualizado y capitalizado hasta la fecha de redención y actualizado hasta la fecha de pago, se estaría efectuando el reconocimiento propio entre la capitalización y los rendimientos que ha generado ese bono pensional, de tal manera que la obligación de la AFP debía limitarse a la devolución de saldos con los rendimientos financieros que dichas sumas generen a partir del pago efectivo de dicho bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Colpensiones a la cuenta de ahorro individual del afiliado demandante, junto con los rendimientos que se hubieren generado.

Por último, pidió se revoque la condena de costas judiciales y agencias en derecho, bajo el entendido que de ninguna manera se negó a efectuar la devolución de saldos, ya que como había quedado probado documentalmente la negativa a lo pretendido por el actor no había correspondido a una posición caprichosa por parte de la entidad, sino a la posición reiterada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de iniciar la liquidación del bono pensional como quedó probado documentalmente dentro del proceso, en especial la consulta del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del 4 marzo del año 2016, donde se evidenciaba que la AFP Protección S.A., sí había solicitado la liquidación del bono pensional con el fin de darle trámite, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como reiterativamente lo había hecho en otras oportunidades, negó la emisión del bono pensional, así las cosas, la entidad no podía atender una devolución de saldos cuando la demandada Ministerio de Hacienda y Crédito Público había presentado oposición, lo cual conllevaba a determinarse que la AFP había actuado de buena fe.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y AFP Protección S.A., así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar lo siguiente: **i)** si existe incompatibilidad entre la devolución de saldos solicitada por el actor ante la AFP Protección S.A. y la pensión de jubilación que actualmente recibe por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **ii)** en caso de establecerse la compatibilidad entre ambas prestaciones, se entrará a analizar la obligación que recae en cada una de las demandadas para la emisión, expedición, redención y pago del bono pensional; **iii)** si hay lugar a la indexación sobre las condenas; y **v)** si procede la condena en costas.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Álvaro Morales López le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación en la suma de \$2.006.973 a partir del 19 de marzo de 2009, por parte de la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en su calidad de docente; **ii)** que efectuó aportes a pensión en la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones desde el 4 de febrero de 1976, hasta el 01 de diciembre de 1993, reuniendo un total de 460, 43 semanas de cotización; **iii)** que el día 27 de junio de 2017, solicitó ante la AFP Protección S.A. la devolución de aportes y el valor del bono pensional; **iv)** que la AFP Protección S.A. contestó la solicitud del actor señalando que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público impidió liquidar y emitir el bono pensional del afiliado por encontrarse gozando de una pensión de jubilación por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; **v)** que el señor López recibió devolución de saldos de vejez por valor de \$1.226.343, el 21 de diciembre de 2016 (f° 9 a 26, exp. Físico).

i) Compatibilidad entre la pensión de jubilación que recibe del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y devolución de saldos de cotizaciones pensionales efectuadas en el sector privado

De acuerdo a la controversia que se suscita entre las partes la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado en donde ha señalado que si un docente ingresó a laborar para el Estado y simultáneamente laboró para el sector privado, lo habilitó para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez, indemnización sustitutiva o devolución de saldos, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial, precisando en sentencia CSJ SL1127-2022, lo siguiente:

Pues bien, en relación con el primer interrogante, de entrada debe destacarse que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció el límite del régimen prestacional de los docentes oficiales hasta el 27 de junio de 2003 –fecha en que la ley fue publicada en el Diario Oficial-, pues quienes se vincularan a partir de ahí se regirían por las previsiones del sistema general de pensiones, tal disposición mantuvo el régimen exceptuado para quienes estaban vinculados con anterioridad a este cambio

normativo, previsión que a su vez conservó el Parágrafo Transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que es justamente el caso del demandante.

De ahí que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado y particulares simultáneamente y con anterioridad a aquella fecha, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial (CSJ SL2649-2020 y CSJ SL3775-2021). Sobre el particular, en esta última sentencia la Sala indicó:

El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

De modo que es perfectamente válido que una persona preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, con la posibilidad de que dichos aportes sean trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional y sin que por ello se genere alguna incompatibilidad entre las prestaciones económicas que cada régimen reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013), como sucede en el caso.

Conforme lo anterior, el Tribunal no incurrió en el yerro jurídico que le endilga la censura, pues era válido que se emitiera el bono pensional a efectos de que financiara las prestaciones económicas del caso, en este asunto la devolución de saldos, dado que las cotizaciones que se pretenden compensar a través del mismo fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, de modo que se trata de tiempos de servicio diferentes a los que sirvieron para el reconocimiento de la pensión oficial.

Además, el reconocimiento de la pensión de jubilación y el pago del bono pensional no representa una doble asignación a cargo del erario público como equivocadamente lo plantea el censor, pues a pesar de que el bono constituye un título de deuda pública en los términos del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, los dineros que acredita no provienen de la Nación sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores. De ahí que no se puede confundir el origen primigenio de los recursos con el instrumento que los materializa posteriormente. Precisamente, en la sentencia CSJ SL3775-2021 la Corte indicó:

(...) En lo que respecta a la alegada incompatibilidad entre la pensión vitalicia de jubilación y el bono pensional, no le asiste la razón a la censura en este medular aspecto que fue bien abordado por el juez plural, en la medida en que, como se ha venido explicando, el bono pensional si bien, es título de deuda pública según lo establecido en el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, también hace parte de las regulaciones y figuras propias del Sistema General

de Pensiones y su finalidad, como ya se dijo, consiste en contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las prestaciones de los afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Por todos es sabido que ha determinado esta Sala de Casación en numerosas sentencias, que no es del caso recordar ahora, que los recursos del Sistema Pensional en el caso de la administradora pública del Régimen de Prima Media son de naturaleza parafiscal, de donde no tiene sentido sostener que uno de los elementos que conforman esos recursos y con los cuales finalmente se va a financiar una prestación económica, goza de una naturaleza distinta que los hace incompatibles con la prestación a la cual está afectado, pues se recuerda, una vez más, ese instrumento no es otra cosa que la conversión en dinero de las semanas servidas o cotizadas y que tienen por eje central el trabajo humano, que para esos efectos se encuentra reflejado en un dispositivo financiero. (Subrayado fuera del texto original).

A través de los cálculos complejos con que fue concebido legal y conceptualmente el bono pensional, representa las cotizaciones que en su momento fueron hechas por los empleadores privados y el trabajador al ISS, en este caso particular, entre el 16 de mayo de 1984 y el 31 de diciembre de 2000, con lo cual no puede confundirse el origen primigenio de los recursos con el instrumento que posteriormente los supe y materializa (...).

De acuerdo con el anterior criterio jurisprudencial, le asiste razón al Juez de primera Instancia respecto de la compatibilidad entre la pensión que actualmente devenga el actor con la devolución de saldos que en la actualidad persigue ante la AFP Protección S.A., por cuanto estos últimos corresponden en este caso a los aportes que hiciera el trabajador en el sector privado y totalmente diferentes a los que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de su pensión de jubilación, de manera que resulta totalmente válida su reclamación por parte del afiliado demandante por tener además una fuente de financiación independiente a aquellos con base en los cuales se otorgó la referida pensión.

ii) Obligaciones de las demandadas para la liquidación, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional

A efectos de establecer la obligación que le asiste a Colpensiones en relación al bono pensional solicitado por el actor, resulta pertinente traer a colación la definición de bono pensional de conformidad con lo estipulado en el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, constituyen «...*aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al sistema general*

de pensiones», frente a los cuales tiene derecho los afiliados que con anterioridad a su ingreso al RAIS cumplieran alguno de estos requisitos:

- i) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público.
- ii) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos.
- iii) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones.
- iv) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.

En el caso de marras, se tiene que al bono que le corresponde al demandante es el bono tipo A, modalidad 2, conceptos que se encuentran definidos en el artículo 1 del Decreto 1748 de 1995, así:

Tipo A (Bonos Pensionales): Designación dada a los bonos regulados por el Decreto ley 1299 de 1994 que se expiden a aquellas personas que se trasladen al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Modalidad 2 (Bonos de): Nombre dado a los bonos tipo A que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició antes del 1 de julio de 1992.

El artículo 20 de Decreto 656 de 1994, dispone que es deber de las administradoras de fondos de pensiones «[...] adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad», para lo cual deberán adelantar el siguiente trámite:

Las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas a la entidad previsional correspondiente dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes a la vinculación del afiliado que tenga derecho a dicho beneficio, y hasta tanto sean emitidos efectivamente deberán efectuar un seguimiento trimestral al trámite de su emisión. Para estos efectos, los afiliados deberán suministrar a las administradoras la información que sea necesaria para tramitar las solicitudes y que se encuentre a su alcance. En todo caso, las administradoras estarán facultadas para solicitar las

certificaciones que resulten necesarias, las cuales serán de obligatoria expedición por parte de los destinatarios.

Las solicitudes de pago de bonos pensionales deberán ser presentadas por la administradora a la cual se haya formulado una solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por personas que hayan cumplido la edad establecida para obtener la garantía de pensión mínima del Estado. Tratándose de personas que se hayan pensionado por vejez con anterioridad a dicha edad y se hayan acogido a la modalidad de retiro programado, la solicitud de pago del bono pensional será presentada por la administradora que se encuentre pagando la pensión al momento de cumplirse todos los requisitos señalados para la redención del título.

La solicitud de pago de un bono para atender una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por cumplimiento de la edad para acceder a una pensión mínima deberá ser presentada dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la decisión de la administradora acerca del cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos para acceder a la pensión. Tratándose de personas que hayan obtenido una pensión de vejez con anterioridad a dicha edad, la solicitud de pago del bono deberá presentarse por la entidad que tenga a su cargo el pago de la pensión al momento en que el pensionado cumpla esa edad.

En todo caso, el seguimiento del proceso de pago efectivo de los bonos pensionales se adelantará por las entidades que tengan a su cargo el pago de la respectiva pensión.

Acorde con las definiciones contenidas en el artículo 1 del Decreto 1513 de 1998, el trámite de reconocimiento, emisión, redención y pago del bono pensional, implica lo siguiente:

Artículo 1. *La definición de "Administradora" contenida en el artículo 1 del Decreto 1748 de 1995 quedará así:*

"Administradora (entidad): Es aquella que tiene como afiliado al solicitante del bono, es decir, una AFP, el ISS y las compañías de seguros, en el caso de los planes alternativos de pensiones; ver artículo 48".

Adiciónanse (sic) las siguientes definiciones al artículo 5 del Decreto 1748 de 1995:

"Contribuyente. Entidad pagadora de pensiones obligada al pago de la cuota parte del bono pensional".

"Emisión de bono. Se entiende por tal el momento en que se confirma o certifica la información contenida en la liquidación provisional, en el caso de emisores privados, o el momento en que queda en firme el acto administrativo que reconoce el derecho al bono pensional, en el caso de emisores públicos."

"Expedición de bono. Se entiende por tal el momento de suscripción del título físico o del ingreso de la información al depósito central de valores."

"Reconocimiento de cuota parte. Acto mediante el cual el contribuyente acepta el pago de la cuota parte y autoriza al emisor para suscribirla en su nombre. En el caso de las

entidades públicas consiste en un acto administrativo en firme; en caso de entidades privadas, de una comunicación dirigida al emisor".

En cuanto al plazo que se tiene para la emisión del bono pensional tipo A, el artículo 7 del Decreto 3798 de 2003, dispone:

Artículo 7. *Plazo para la emisión de bonos pensionales tipo A. La emisión de los bonos pensionales tipo A se realizará dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha en que la información laboral esté confirmada o haya sido certificada y no objetada, siempre y cuando el beneficiario haya manifestado previamente y por escrito, por intermedio de la Administradora de Pensiones del Sistema General de Pensiones, su aceptación del valor de la liquidación. Lo anterior, en concordancia con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997 y el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998.*

Cuando se trate de emitir y redimir bonos de personas que hayan fallecido o hayan sido declaradas inválidas, los términos previstos en este artículo se reducirán a la mitad.

El artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, establece:

ARTÍCULO 16. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACIÓN. *La Nación emitirá el bono pensional a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidad del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel nacional y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.*

Los bonos a cargo de la Nación se emitirán con relación a los afiliados de las entidades anteriormente citadas que estuviesen vinculados con anterioridad al 1o. de abril de 1994.

El valor correspondiente a la deuda imputable por concepto de bonos pensionales o cuotas partes de bono, a partir del 1o. de abril de 1994 y hasta la fecha del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, estará a cargo del ISS en los casos que le corresponda, quien deberá contribuir a la Nación con la cuota parte financiera respectiva. En todo caso la Nación expedirá el bono pensional por la totalidad de su valor.

La cuota parte financiera a que hace referencia el inciso anterior, se calculará restando al valor de emisión del bono pensional con cargo a la Nación, el monto correspondiente al valor del bono calculado al 1o de abril de 1994, actualizado a la fecha de su emisión con la tasa de interés DTF pensional.

PARÁGRAFO. *En cada vigencia fiscal se incluirá en la ley anual de presupuesto los recursos necesarios para cancelar el valor de los bonos pensionales a cargo de la Nación que sean redimibles durante ese período y de las cuotas partes a cargo de esta. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Del anterior recuento normativo, se tiene que Colpensiones debe contribuir con la cuota parte correspondiente para la emisión del bono pensional tipo A, modalidad 2, que se encuentra a favor del actor, cuyo reconocimiento total está a cargo de la Nación a través de la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tal y como lo ratifica la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL1127-2022, en donde ese particular se señaló:

Y se advierte que no se configura el yerro que la censura le endilga al Tribunal en torno a la interpretación del artículo 11 del Decreto 3995 de 2008, pues es claro que en este puntual caso hay lugar a la emisión del bono pensional, cuyo reconocimiento total está cargo de la Nación en los términos del artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, caso en el cual el ISS, hoy Colpensiones, debe contribuir con la cuota parte correspondiente, premisas que no cuestionó el censor y por ello deben mantenerse incólumes en casación, debido a la doble presunción de legalidad y acierto que cubre a la sentencia.

En ese orden, habrá de modificarse los ordinales primero y segundo de la sentencia de primera instancia, ordenándose a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la liquidación, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional tipo A, modalidad 2, al que tiene derecho el señor Álvaro Morales López por los aportes a pensión que efectuó en el RPM del periodo comprendido entre 04/02/1976 al 01/12/1993, acumulando un total de 460,43 semanas de cotización con destino a la AFP Protección S.A., para lo cual Colpensiones deberá contribuir con la cuota parte correspondiente de conformidad con señalado en el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, cumpliéndose con cada una de las etapas normativas dispuestas precedentemente, lo cual implica la reconstrucción de la historia laboral del accionante.

iii) Indexación sobre el valor de las condenas

Sostuvo el Juez de primer grado en su decisión que le correspondía a la AFP Protección S.A. una vez emitido y expedido el bono pensional, recibirlo para que posteriormente procediera a la devolución de saldos a favor del actor, lo cual debía hacerse junto con los rendimientos financieros a que hubiere lugar y a la indexación de dichos valores, en consideración a dicha decisión arguye el recurrente que no resultaría procedente la indexación por cuanto una vez recibido el valor del bono pensional actualizado y capitalizado hasta la fecha de redención y actualizado hasta

la fecha de pago, se estaría efectuando el reconocimiento propio entre la capitalización y los rendimientos que ha generado ese bono pensional, de tal manera que le corresponde limitarse únicamente a la devolución de saldos con los rendimientos financieros que se generen desde el momento en que recibe el correspondiente bono.

Para resolver la controversia resulta pertinente acudir a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1748 de 1995, el cual refiere a la actualización y capitalización de los bonos pensionales, indicando:

Artículo 11. Actualización Y Capitalización.

Para actualizar un valor monetario desde una fecha cualquiera hasta otra, se lo multiplica por el IPCP de la segunda fecha y se lo divide por el IPCP de la primera fecha.

Para capitalizar un valor monetario desde una fecha cualquiera hasta otra posterior, se lo multiplica por $(1 + TRR/100)$ elevado a un exponente igual al número de días que van desde la primera fecha hasta la víspera de la segunda, dividido por 365,25.

Cuando un valor se actualiza y además se capitaliza, se están reconociendo intereses a la tasa del DTF pensional establecida por el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994.

Conforme al precitada norma, en principio le asistiría razón al recurrente en cuanto a que los bonos pensionales no son objeto de indexación, toda vez que estos se actualizan y capitalizan; no obstante, observa esta Colegiatura que el apelante ha hecho una errada interpretación a lo ordenado por el fallador de primera instancia, pues se entiende de su decisión que la indexación corresponde al valor de la devolución de saldos.

De manera que, lo que pretende es que se reconozca y pague el saldo acreditado en la cuenta individual del demandante de manera indexada al momento en que se efectuó el pago, y no como lo entendió erradamente el apelante, es decir, que el valor del bono pensional fuera indexado. Así las cosas, si bien el argumento esbozado en la apelación, relativo a que el bono pensional no puede ser indexado es correcto desde el punto de vista jurídico, lo cierto es que la indexación a la que hizo

referencia el Juez de primera instancia es en relación a la devolución de saldos, aspecto que resulta ser diferente.

Ahora, frente a la devolución de saldos, se tiene que el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, reseña:

*ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, **tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional**, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.* (Negrilla fuera del texto original).

De la normatividad antes dicha, se entiende que al entregarse el capital acumulado de la cuenta de ahorro individual del demandante, también van inmersos los rendimientos que le permitieron obtener utilidades o ganancias a su favor; sin embargo, no es dable confundir los rendimientos financieros con la indexación, pues esta última lo que busca es actualizar el valor de la devolución de saldos, una vez se hagan exigibles y no fueren otorgadas oportunamente por la entidad obligada a ello, a fin de remediar la depreciación económica que aquellos sufran en el tiempo transcurrido entre la data de tal incumplimiento y la fecha efectiva del pago, tal como se analizó en sentencias CSJ SL5045-2018, reiterada en CSJ SL2353-2020 y CSJ SL1218-2021.

Por consiguiente, la indexación, solo surgiría ante una eventual tardanza de la AFP de pagar la devolución de aportes una vez cuente con el valor del bono pensional dentro de la cuenta de ahorro individual del demandante.

iv) Condena en costas en primera instancia

Frente a la condena en costas a Protección S.A. y Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dichas entidades vencidas en juicio en tanto que, una tiene el deber de contribuir en la cuota parte del bono pensional y la otra

en recibir el valor del bono y proceder a la devolución de aportes que le asiste al actor; además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, deben ser condenadas en costas.

Por lo anterior, se modificará y adicionar la sentencia de primera instancia.

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

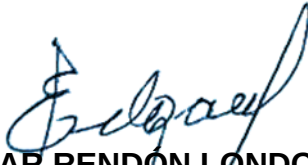
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR y ADICIONAR los ordinales primero y segundo de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, los cuales quedarán así: **CONDENAR** a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en calidad de emisor y pagador y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en calidad de contribuyente en la cuota parte financiera respectiva, a la liquidación, emisión, expedición, redención y pago del bono pensional tipo A, modalidad 2, al que tiene derecho el señor Álvaro Morales López por los aportes a pensión que efectuó en el RPM del periodo comprendido entre 04/02/1976 al 01/12/1993, para un total de 460,43 semanas de cotización con destino a la AFP Protección S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, cumpliéndose con cada una de las etapas dispuestas para el trámite de dicho bono de acuerdo a las normas señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones y la AFP Protección S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Protección S.A. en la suma de \$1.160.000., a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502620210047001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ROSA MERY JEREZ GARAVITO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Rosa Mery Jerez Garavito** se **declare** la ineficacia de la vinculación y/o afiliación efectuada a la AFP Porvenir S.A. al régimen de ahorro individual. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los furtos e intereses como lo señala el artículo 1746 del Código Civil, se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada y a recibir la totalidad de los aportes, se condene ultra y extra petita, y se condena al pago de costas y agencias en derecho (fº. 55 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f º. 54 a 55, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que laboró en el ICBF acumulando un

número importante de cotizaciones pensionales; que desde que inició su vida laboral se afilió y efectuó aportes a pensión en Cajanal completando un total de 478 semanas aproximadamente de cotización.

Narró que, el día 17 de noviembre de 1998, se afilió a Porvenir S.A., oportunidad en la cual no tuvo información, ni asesoría previa en donde le explicarían los beneficios y desventajas del traslado de régimen, para que pudiera tomar una decisión libre y espontánea; que nació el 20 de abril de 1963; que solicitó ante la AFP Porvenir S.A. le informará si tenía derecho a la pensión y en caso afirmativo cuál sería el monto, que la entidad le respondió que según proyección a los 58 años de edad se le reconocería una mesada de \$908.528.

Relató que, el día 16 de junio de 2021, radicó ante Colpensiones petición en la cual solicitó fuera aceptado el traslado de sus aportes provenientes del RAIS, ante la declaratoria de ineficacia del traslado por falta de información; que dicha entidad el día 16 de junio de 2021, negó la solicitud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la suscripción de afiliación que hizo con la AFP Porvenir S.A., fecha de nacimiento de la demandante, solicitud presentada a la entidad y respuesta; en cuanto a los demás hechos dijo no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe y la imposibilidad de condena en costas.

PORVENIR S.A. contestó (archivo 14, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó fecha de vinculación a dicha entidad y fecha de nacimiento de la actora; frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de marzo de 2023 (archivo 23 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante ROSA MERY JEREZ GARAVITO al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia CSJ SL12136-2014, se había señalado que en virtud de lo dispuesto en el literal b), artículo 13 y artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente era verificar si el acto jurídico que generó el traslado era eficaz o no; por lo tanto, a fin de establecerse si la afiliación se había realizado de manera libre y voluntaria, debía verificarse si la administradora había puesto en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen y cuáles eran sus beneficios, por lo cual le correspondía a la entidad demostrar que garantizó una decisión informada que permitiera al afiliado realizar una manifestación autónoma y consiente.

Señaló que, esta misma Corporación en sentencia 6852, reiteró que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de manera que, debía analizarse el momento histórico de la afiliación con la finalidad de verificarse si se había cumplido o no con el deber legal, esto es, determinar si se había ilustrado al afiliado sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada régimen pensional. Igualmente, la Corte había señalado que el consentimiento vertido en los formularios de afiliación era insuficiente, toda vez que se debía demostrar un consentimiento debidamente informado, carga de la prueba que estaba a cargo del

fondo de pensiones; que en igual sentido el Decreto 656 de 1994, artículo 15 contempla la obligación de todo fondo de establecer un reglamento que contenga derechos y deberes de los afiliados el cual debía ser puesto de presente al momento de su afiliación.

Precisó que, al analizarse el caso bajo estudio se tenía copia del formulario de afiliación que daba cuenta que la demandante lo suscribió el 17 de noviembre de 1998, del cual se desprendía que solo se habían plasmado los datos personales de la demandante, que llevaba cotizando a Cajanal 8 años y los datos de sus beneficiarios, pero del mismo no se podía establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de cómo se llevó a cabo dicha afiliación, sin que se pudiera establecer cuál fue la información suministrada por el asesor al momento de la firma del mismo; que del interrogatorio absuelto por la actora no se había logrado una confesión, razón por lo cual debía declararse ineficaz el traslado al RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación con la finalidad que sean revocados en su integridad la sentencia proferida por la juez de instancia, teniendo en cuenta para ello que si bien existía un precedente jurisprudencial, lo cierto era que, este no se podía aplicar de manera homogénea en todos los casos en donde se solicitará la ineficacia de la afiliación, pues debía haber una similitud de las condiciones fácticas para cada caso y en el presente juicio ello no se daba, como quiera la demandante había realizado válidamente su traslado del régimen pensional de manera libre y voluntaria de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado, en el caso de la señora Mery Jerez en el año 1998, época en que no se exigía una información en los términos en que fue reclamado.

Señaló que, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la promotora del litigio pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por la entidad, de igual manera como todo consumidor financiero debía actuar con mediana diligencia lo cual suponía por lo menos obtener la información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinados en normas de legal conocimiento; concluyendo que la entidad siempre ha actuado de

buena fe, pues todas las acciones se habían ejecutado en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento de realizar el traslado de régimen.

Acotó que, en cuanto a las condenas referente a los rendimientos financieros, debía señalarse que al ser declarada la ineficacia del traslado el efecto natural de dicha declaratoria implicaba que los recursos que se trasladaran como rendimientos debían corresponder a los que se hubiere generado como reserva en Colpensiones y no los que se habían generado en el RAIS, pues no tendría sentido que el traslado al RAIS que no generó ningún efecto legal, se ordene el traslado de los rendimientos propios de dicho régimen, en caso contrario, debía considerarse el efecto de las restituciones mutuas al trasladar los frutos generados del régimen del cual se predicaba nunca existió la afiliación, debiéndose reconocerse los gastos en que se incurrió para poder administrar el pago de dichos aportes que se entendían realizados al RPM, gastos tales como la comisión de administración y las primas de seguros previsionales, en ese mismo orden de ideas, no era procedente que la entidad debiera restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros previsionales, por cuanto ya no estaban en su poder, sino en poder de compañías aseguradoras que contrató para realizar una cobertura plena.

Refirió que, debía tenerse en cuenta el concepto de la Superintendencia Financiera en el cual se había señalado que el traslado de recursos entre regímenes pensionales debía efectuarse de conformidad con la norma prevista para ello que era el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008. En cuanto a las agencias en derecho debía declararse que desestimada la ineficacia de traslado de régimen y la consecuente devolución a la que fue condenada; por consiguiente, debía desestimarse la condena en costas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de

información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, así como los gastos de administración.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Rosa Mery Jerez Garavito nació el 20 de abril de 1963 (f° 2, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que realizó cotizaciones en pensión a Cajanal desde el 27 de octubre de 1989, hasta el 31 de diciembre de 1998 (f° 21, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **17 de noviembre de 1998**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1 de enero de 1999, entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f° 3, archivo 01, f° 73, archivo 14 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la

obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Asimismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**17 de noviembre de 1998**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97

numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir S.A. suscrito el **17 de noviembre de 1998**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre

(CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, como así lo pretende hacer ver la recurrente. En consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de Cajanal, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó. (Subrayado fuera del texto).

Por lo anterior, no queda duda alguna que la decisión adoptada por la Juez de conocimiento, resulta acertada y es consecuente con los pronunciamientos emitidos por el órgano colegiado, razón suficiente para confirmar la decisión de instancia, en lo que a este tema objeto de estudio se refiere.

De otro lado, con la finalidad de desatar el recurso interpuesto, se debe advertir lo siguiente, respecto de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados.

Cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022,

entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los 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, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Porvenir S.A. en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP, establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dicha entidad vencida en juicio en tanto que, tiene el deber de trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora y demás emolumentos aquí ordenados; además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, deben ser condenada en costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

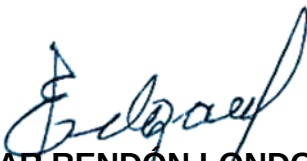
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502720190074301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FLOR MIREYA GONZÁLEZ
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL - SKANDIA

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María Del Pilar Pérez Gaviria** se **declare** la nulidad y/o ineficacia de la afiliación en el RAIS efectuado por la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., el 1 de julio de 1995, ante la omisión se ese fondo del deber de informarle con prudencia y pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía la escogencia del régimen de pensiones. Como consecuencia, se declare la nulidad de las afiliaciones y traslados que se efectuaron dentro del mismo RAIS con las AFP Old Mutual y Porvenir S.A., se condene a la AFP Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado; se condene a Colpensiones a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS, a Lo que

resulte probado ultra y extra petita y al pago de costas procesales (f° 6 a 7, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 4 a 6 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 13 de marzo de 1967; que trabajó durante 6 meses en la empresa Escobar y Martínez S.A. del 1 de octubre de 1986, al 31 de marzo de 1987; que al momento de iniciar su vida laboral en la citada empresa fue afiliada al ISS; que entre los años 1987 a 1993, realizó estudios profesionales de Ingeniería de Sistemas en la Universidad Incca de Colombia y no tuvo vínculo laboral; que en el año 1993, reinició su vida laboral prestando sus servicios al Banco Ganadero a través de un contrato de prestación de servicios, en el año 1995, se vinculó a la empresa SINFORTEC LTDA quien inicialmente le realizó sus aportes pensionales al ISS, pero no realizó ningún tipo de aporte.

Sostuvo que, las empresas que eran contratadas para prestar servicios o suministrar personal al Banco Ganadero hoy BBVA afiliaban de forma arbitraria a sus empleados al Fondo de Pensiones Horizonte, empresa que formaba parte del mismo grupo económico; que posteriormente, fue contratada por la empresa Outsourcing Desarrollos en Informática LTDA quienes prestaban servicios informáticos al Banco BBVA, empezando a cotizar a pensión como independiente en la AFP Horizonte, después se efectuaron traslados horizontales.

Arguyó que, según extractos históricos el primer aporte a la AFP Porvenir se realizó en agosto de 2013, entidad que no le brindó ninguna asesoría indicándole las ventajas y desventajas de cambiar o permanecer al RAIS, no le presentó un estudio comparativo sobre el valor de la posible mesada pensional en cada uno de los regímenes de pensiones; que la AFP Porvenir S.A. envió una comunicación masiva a sus afiliados que se encontraban cercanos a cumplir la edad para poder hacer el traslado, comunicado que solo llegó a un mínimo de porcentaje de afiliados que trabajaban en el BBVA; que en el mes de marzo de 2015, recibió la visita de una asesora de la AFP Old Mutual por lo cual decidió trasladarse a dicho fondo; que meses después de dicho traslado se acercó de nuevo la asesora indicándole que revisará si le convenía pasarse a Colpensiones, al indicarle su edad la asesora le dijo que ya no se podía trasladar, en razón a ello, le informó a la asesora que cuando ella le había hecho la afiliación en el año 2015, no le había hecho ninguna observación respecto de la edad.

Dijo que, el 19 de noviembre de 2018, la AFP Old Mutual le hizo entrega del resultado de la proyección pensional donde se comparó el valor de la posible mesada pensional en Colpensiones de \$4.188.344, respecto de Old Mutual de \$2.110.314, con una diferencia de casi el 100%; que el día 28 de marzo de 2019, solicitó ante la AFP Old Mutual la anulación de la afiliación y traslado a Colpensiones, solicitud que fue negada el 16 de abril de la misma

anualidad; que el 7 de mayo de 2019, solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, solicitud que igualmente fue negado el 7 de mayo de 2019; que el día 30 de abril de 2019, solicitó a la AFP Old Mutual el traslado a Porvenir S.A. el cual fue confirmado, encontrándose actualmente vinculada a Porvenir S.A., entidad que para el momento del traslado no le informó las consecuencias, no se le aportó un estudio de la posible mesada pensional y tipos de retiro o formas de recibir la pensión, y el formulario solo contenía información sobre el tratamiento de datos.

Por último, indicó que, presentó una acción de tutela reclamando los derechos aquí señalados, la cual fue declarada improcedente al existir otro mecanismo judicial para dirimir el conflicto, decisión que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 7, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, dijo ser cierta la fecha nacimiento de la demandante, la petición que fue presentada ante la entidad y respuesta negativa; en relación a los demás manifestó no constarle.

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

AFP PROTECCIÓN S.A. contestó (archivo 4, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos solo aceptó fecha de nacimiento de la demandante, en relación a los demás, indicó no ser cierto el numeral 19 y no constarle los restantes.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y falta de culpa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por

falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica y traslado de aportes.

PORVENIR S.A. contestó (archivo 4, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, señaló no ser ciertos los numerales 6, 7, 10, 12 al 21, 31 al 36, y no constarle los demás. Propuso como excepciones de mérito, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos dijo ser parcialmente ciertos los numerales 27, 28 y 31, que tienen que ver con la petición presentada por la actora ante la entidad y la respuesta otorgada, así como el traslado que hizo en el año 2019 a la AFP Porvenir S.A.; en relación a los demás hechos, manifestó no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de cobro de lo no debido por ausencia de casa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó, ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causal de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta del deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica (archivo 5, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de marzo de 2023 (archivo 27, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora FLOR MIREYA GONZÁLEZ VÁSQUEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la 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. efectuado el 5 de julio de 1995 y los que posteriormente efectuó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. el 2 de julio de 1996, a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 27 de abril de 2015 y nuevamente a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 30 de abril de 2019, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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 FLOR MIREYA GONZÁLEZ VÁSQUEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de

ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, mientras estuvo afiliada a esas Administradoras, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora FLOR MIREYA GONZÁLEZ VÁSQUEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las sumas provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a las demandadas PROTECCIÓN S.A., SKANDIA AFP S.A. y PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$800.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la demandante se afilió a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías el día 5 de junio de 1995, y posteriormente, realizó traslados horizontales; que en el presente asunto Porvenir S.A. no había cumplido con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, ni tampoco cuando retornó a dicha administradora luego de haberse trasladado a otras, carga que le correspondía a dicha AFP y no a la demandante de acuerdo a la línea jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al no existir prueba alguna que acreditará que se le hubiera informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, la única prueba que se había aportado era el formulario de suscripción de afiliación que tenía previamente establecida para todos los casos y con el cual no era posible determinar cuáles habían sido los términos de la asesoría que en su momento dio el asesor, por lo que no podía tenerse como prueba del cumplimiento del deber de información, carga probatoria que tampoco la habían acreditado las demás AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA S.A. interpuso recurso de apelación frente a la devolución de lo descontado por los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, toda vez que las condenas no podían ser ajenas a las realidades fácticas que se generaron en este caso, máxime que la entidad había cumplido con el deber legal de administrar la cuenta de ahorro individual de la

demandante y gracias a dicha administración se producido unos rendimientos que se podían ver reflejados en su cuenta de ahorro individual, siendo deber del fallador aplicar los principios constitucionales de equidad y justicia, como quiera que la demandada cumplió con el deber legal que le asistía.

Agregó que, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se tenía que los gastos de administración y los seguros previsionales se aplica en ambos regímenes pensionales con los cuales se crean una serie de obligaciones que deben cumplir las administradoras de pensiones para garantizar la rentabilidad mínima y garantizar que en caso de cumplirse con los requisitos de la pensión de sobrevivientes o de invalidez se pueda financiar dicha prestación al afiliado y a sus beneficiarios; si bien las pretensiones de la demanda iban encaminadas a la declaratoria de ineficacia de la afiliación, lo cierto era que la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que la consecuencia es el regreso a su estado inicial, correspondiéndole al Juez hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas y de la buena fe que ha ostentado Skandia.

Refirió que, en lo que respecta a la prima de invalidez y sobrevivientes tampoco resultaba procedente que la entidad debiera asumirlo, por cuanto la demandante había gozado de su cobertura durante toda la vinculación al fondo de pensiones, además de que el porcentaje ya había sido pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte; por lo tanto, no se encontraba en manos de la accionada; acotó que, en concepto emitido por la Superintendencia Financiera del año 2004, se estableció que cuando se trata de temas de ineficacia de la afiliación, los emolumentos que se debían trasladar eran solamente los aportes y los rendimientos que se hubieran causado, en ningún momento se podía trasladar los conceptos de seguros previsionales y las comisiones, teniendo en cuenta que eran dineros ya trabajados en favor de la demandante.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación en el cual señaló que durante el transcurso del proceso no se había demostrar el supuesto engaño sufrido por la demandante por parte de las AFP, así como la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio donde Colpensiones no tenía documentos o conocido en su momento la referida asesoría, por lo que quedaba sujeto a lo que las AFP lograran demostrar en relación con su gestión, esto acorde con el estatuto al consumidor, leyes y decretos que regulen la afiliación de los particulares al RAIS.

Precisó que, no obstante lo anterior, al revisarse los formularios de afiliación y traslado se encontraba la manifestación expresa que había hecho la actora de manera libre y bajo su propia voluntad; por lo tanto, las afiliaciones al RAIS se habían realizado con el lleno de los requisitos legales y en dichas oportunidades nunca se manifestó su deseo de retractarse de las mismas, razón por lo cual no podía ordenarse un regreso automático al RPM; que revisado el expediente tampoco se había evidenciado que se hubiera hecho incurrir en error por falta del deber de información por parte de las AFP o que se estuviera en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuera o dolo; tampoco se evidenció anotación alguna por parte de la demandante en el formulario de afiliación que permitiera inferir que hubo una inconformidad por su parte, por el contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria.

Adujó que, al no haber manifestado su deseo de retractarse debía asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no era otra cosa que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos en el RAIS por más de 27 años, no siendo procedente alegar después de tanto tiempo que había sido engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, en ese sentido se tenía que la vinculación al RAIS gozaba de plena validez.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuestos por Skandia S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Flor Mireya González Vásquez nació el 13 de marzo de 1967 (fº 22, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al ISS con anterioridad al 5 de junio de 1995, conforme se verifica de la suscripción del formulario de afiliación con la AFP

Horizonte Pensiones y Cesantías y el certificado expedido por Asofondos, teniendo en cuenta que Colpensiones no allegó historia laboral (f° 41, archivo 01, f° 61 archivo 06, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii*) que el **5 de junio de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de julio de 1995 (f° 41, archivo 01, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv*) que realizó traslados horizontales a través de varios fondos privados, así: AFP Davivir el 28 de agosto de 1996 (f.° 31 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. Digital), AFP Colpatria el 10 de febrero de 1999 (f.° 42, archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. Digital), el 27 de abril de 2015, con Old Mutual (f.° 36, archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. Digital) y el 30 de abril de 2019, con la AFP Porvenir S.A., entidad en la cual se encuentra afiliada actualmente (f.° 63, archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a

tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**5 de junio de 1995**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003–, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de

que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. suscrito el **5 de junio de 1995**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento–, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negritas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negritas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-

2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las *«primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos»* (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A., a pagar con su propio patrimonio, los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones y Skandia S.A., como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

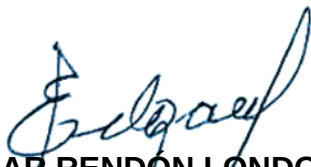
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A., a pagar con su propio patrimonio, los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones y Skandia S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Skandia S.A., la suma de \$1.160.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial

Tribunal Superior del Distrito Judicial

Bogotá D. C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502720200045601
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CÉSAR AUGUSTO CADAVID GONZÁLEZ
DEMANDADOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL - SKANDIA

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **César Augusto Cadavid González** se **declare** que las AFP demandadas incumplieron con su deber legal de información al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, se declare ineficaz la afiliación al RAIS por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones.

En consecuencia, se condene a las demandadas a registrar en su sistema de información que su afiliación en pensión es ineficaz, se **condene** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos

los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los aportes, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, al pago de costas y agencias en derecho (f° 6 a 8, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 3 a 6, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que inició sus aportes en el RPM y después se afilió a la AFP Protección en el mes de febrero de 1996, posteriormente se afilió a Porvenir S.A. en el mes noviembre de 1997, a Colfondos se afilió en el mes de junio de 2001, a la AFP Old Mutual en el mes de julio de 2002, y a la AFP Protección S.A. en el mes de agosto de 2006, en donde se encuentra vinculado actualmente.

Adujó que, se trasladó de régimen pensional con la AFP Protección S.A., quien le aseguró que el ISS estaría atravesando por una crisis económica lo que afectaría la posibilidad de obtener el reconocimiento de una pensión, además, le aseguró que el traslado era la mejor opción para su futuro pensional, pues obtendría una mejor mesada pensional; que la AFP Protección S.A. no le explicó de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre el RPM y el RAIS, no le informó cuáles eran las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, no le explicó cuáles eran los requisitos para acceder a la una pensión en el RAIS, no le dijo que su pensión en el RAIS estaría determinada no solamente por sus aportes a pensión, sino también por el monto de dinero que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos positivos y negativos que podrían generar, tampoco le informó que de sus aportes mensuales le harían un descuento por concepto de cuota de administración, información que tampoco se brindó por parte de las otras AFP demandadas.

Refirió que, el 2 de enero de 2017, a 10 días de que cumpliera los 52 años de edad, recibió una reasesoría por parte de la AFP Protección S.A. en donde le informó que la mejor alternativa era permanecer afiliado a dicho fondo, ya que su mesada pensional sería la misma que en Colpensiones, incluso le podría aumentar; que dentro del formato de reasesoramiento se puede observar que la proyección de la mesada pensional en el RAIS a los 62 años de edad sería de \$4.089.096, mientras que en el RPM sería de \$4.089.096; que el día 13 de agosto de 2019, tuvo una segunda proyección en la que se le informó que su mesada pensional en el RMP sería de \$6.684.449 y en el RAIS de \$6.513.097.

Acotó que, la información suministrada por la AFP Protección en el año 2017, a 10 días de que cumpliera los 52 años de edad fue determinante para que no decidiera retornar al RPM; que el día 30 de julio de 2020, solicitó una tercera proyección pensional ante la demandada solicitándole le informarían la razón por lo cual su mesada pensional en los dos

regímenes pensionales sería prácticamente la misma según las proyecciones de 2017 y 2019; que la AFP Protección el día 4 de agosto de 2020, resolvió la solicitud indicándole que al cumplir los 62 años de edad en el RAIS tendría una mesada de \$6.183.314 y en el RPM de \$7.707.343.

Enfatizó que, su IBC es de \$12.487.903, por lo que su mesada pensional en Colpensiones sería de \$8.129.965, según la firma Yabar Liquidaciones; que el día 18 de septiembre de 2020, elevó petición ante Protección S.A. para que procediera a tener como ineficaz el traslado de régimen; que esa misma petición fue presentada ante Porvenir S.A. y Skandia S.A. el día 17 de septiembre de 2020, y el día 19 de agosto de 2020, ante Colpensiones; que las AFP Protección, Skandia y Colpensiones respondieron negativamente y Porvenir no contestó; que también elevó consulta ante la Superintendencia Financiera de Colombia a fin de que se pronunciara sobre el deber de información, solicitud que se respondió el día 12 de junio de 2017; que Colpensiones como respuesta al requerimiento que le hizo la Procuraduría General, informó que desde octubre de 2012, viene adelantando por su parte actividades tendientes a informar adecuadamente a sus afiliados sobre el traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 10, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor inició sus aportes pensionales en el RPM; que el señor César Augusto presentó solicitud para que se procediera la activación de su afiliación ante dicha entidad y los argumentos que se dieron a la parte actora ante el requerimiento que hizo la Procuraduría General; en relación a los demás hechos, indicó no constarle.

Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

AFP PROTECCIÓN S.A. contestó (archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la suscripción del formulario de afiliación por parte del actor ante dicha entidad, que es la entidad en cual

se encuentra actualmente afiliado a pensión, solicitud presentada ante la entidad por parte del demandante para la proyección de su mesada pensional y respuesta, petición para que se declarara ineficaz el traslado y respuesta otorga a dicha petición; respecto de los demás hechos manifestó no ser ciertos los numerales 8 a 15, 25 a 29 y 31, frente a los restantes dijo no constarle.

Como medio de defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de culpa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

PORVENIR S.A. contestó (archivo 7, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, señaló no ser ciertos los numerales 3, 15 a 19, en relación a los demás señaló no constarle. Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, dijo ser parcialmente ciertos los numerales 5, 40 y 41, en relación a los demás dijo no constarle. Propuso las excepciones que denominó, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó, ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causal de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta del deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica (archivo 9, carpeta 1ª inst. exp. digital).

COLFONDOS S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda; respecto a los hechos, aceptó la fecha de suscripción de formulario de afiliación ante dicho fondo, en cuanto a los demás dijo no ser ciertos los numerales 20 a 24 y no constarle los restantes. Como medio de defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad,

ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo 8, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de febrero de 2023 (archivo 30, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor CÉSAR AUGUSTO CADAVID GONZÁLEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. efectuado el 24 de enero de 1996 y los que posteriormente efectuó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 01 de noviembre de 1997, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el 01 de junio de 2001, a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 01 de agosto de 2002 y su retorno a PROTECCIÓN S.A. el 01 de junio de 2006, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor CÉSAR AUGUSTO CADAVID GONZÁLEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, mientras estuvo afiliado a esas Administradoras, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor CÉSAR AUGUSTO CADAVID GONZÁLEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$800.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor del demandante.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la AFP Protección S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al afiliado al momento

de solicitar el traslado de régimen, carga que le correspondía a esa demandada y no al demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, lo cual debía hacerse al momento en que se efectuará el traslado, y esa omisión de la información no se suplía por el hecho de que con posterioridad se le hubiera hecho una reasesoría; indicó que, no obraba dentro del plenario prueba alguna que acreditará que se hubiera informado de los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas; que la única prueba con la cual se pretendía demostrar la debida información otorgada al actor era la suscripción del formulario de afiliación que contenía formas previamente establecidas para todos los casos, los cuales de manera alguna podían tenerse como prueba del consentimiento informado, carga probatoria que tampoco se había suplido por parte de las demás AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA S.A. interpuso recurso de apelación frente a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, señalando que a raíz de la expedición de la Ley 100 de 1993, se creó el RAIS y con ello trajo un conjunto de obligaciones a las administradoras de pensiones y a cada uno de los afiliados, puntualmente el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que trata sobre los gastos de administración y los seguros previsionales, donde además se puede concluir que dichos descuentos no son solo obligación realizada al RAIS sino que también son unos descuentos que se realizan también el RPM, por tal motivo el pago para la prima de los seguros de invalidez y sobrevivientes crea una serie de obligaciones que se generan a partir de la suscripción del formulario de vinculación.

Refirió que, si bien es cierto se declaró la ineficacia de la afiliación y sus traslados posteriores, no puede desconocerse que la entidad cumplió con el deber legal que le imponía el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, administrando la cuenta de ahorro individual del demandante lo cual se vio reflejado en los rendimientos que se le causaron durante el tiempo que duró afiliado a la entidad, frente a lo cual se estaría desconociendo la teoría de las restituciones mutuas, igualmente sucede con los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes que se utilizaron para cubrir dichos riesgos mediante un contrato de aseguramiento; que si bien no existió ningún riesgo, lo cierto es que no se puede desconocer que se cumplió con el objeto que era tener asegurado al demandante para dichas contingencias, lo cual se realizó a través de la aseguradora, debiéndose considerar por parte del superior que se está ordenando a la entidad a devolver dicho patrimonio de su propio rubro, siendo una indemnización no pedida dentro de la demanda causándose así un perjuicio al patrimonio propio de Skandia.

Indicó que, el artículo 7 del Decreto 3995 del año 2008, hacía referencia que cuando existe traslado de regímenes pensionales lo único que se debe trasladar es el saldo de la cuenta de ahorro individual, más los respectivos aportes y el fondo de pensión de garantía mínima, obligación que ya había quedado cumplida en el presente asunto al momento en que el actor se trasladó de fondo, argumento que también tenía por sentado la Superintendencia Financiera en concepto del 15 de enero del año 2020, al señalar que cuando se decreta la ineficacia de la afiliación o nulidad únicamente procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado que incluye los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos, así como los porcentajes destinados al fondo de pensión de garantía mínima y sus respectivos rendimiento, por lo que no sería dable devolver dichos rubros cuando ya han acaecido.

COLPENSIONES también interpuso recurso de apelación en el cual señaló que durante el transcurso del proceso no se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por el demandante por parte de las AFP, así como la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio donde Colpensiones no tenía documentos o conocido en su momento la referida asesoría, por lo que quedaba sujeto a lo que las AFP lograran demostrar en relación con su gestión, esto acorde con el estatuto al consumidor, leyes y decretos que regulen la afiliación de los particulares al RAIS.

Precisó que, no obstante lo anterior, al revisarse los formularios de afiliación suscritos por el actor bajo la gravedad de juramento, se encontraba la manifestación expresa que lo había hecho de manera libre y bajo su propia voluntad; por lo tanto, las afiliaciones al RAIS se habían realizado con el lleno de los requisitos legales y en dichas oportunidades nunca se manifestó su deseo de retractarse de las mismas, razón por lo cual no podía ordenarse un regreso automático al RPM; que revisado el expediente tampoco se había evidenciado que se hubiera hecho incurrir en error por falta del deber de información por parte de las AFP o que se estuviera en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo; tampoco se evidenció anotación alguna por parte del demandante en el formulario de afiliación que permitiera inferir que hubo una inconformidad por su parte, por el contrario se observaba que las documentales se encontraban sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas

Adujó que, al no haber manifestado su deseo de retractarse debía asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no era otra cosa que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos en el RAIS por más de 26 años, no siendo procedente alegar después de tanto tiempo que había sido engañado solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas, en ese sentido se tenía que la vinculación al RAIS se

ajustó a la ley y gozaba de plena validez; que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1516 del Código Civil y 167 del CGP, le correspondía la carga probatoria a la parte actora, además que Colpensiones se había ajustado a lo dispuesto en línea jurisprudencial.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación interpuestos por Skandia S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor César Augusto Cadavid González nació el 13 de enero de 1965 (f° 21, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que estuvo vinculado al ISS con anterioridad efectuando aportes a pensión desde el 12 de noviembre de 1985, hasta febrero de 1996, para un total de 272,71 semanas de cotización (f° 175, archivo 01, f° 61 archivo 06, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **24 de enero de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de febrero de 1996 (f° 71, archivo 11, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y **iv)** que realizó traslados horizontales a través de varios fondos privados, así: AFP Porvenir S.A. el 19 de septiembre de 1997 (f° 81, archivo 07, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), a Colfondos S.A. el 4 de mayo de 2001 (f° 102, archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), a Skandia S.A. el 28 de junio de 2002 (f° 39, archivo 09, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y a Protección S.A. el 5 de abril de 2006, entidad en la cual se encuentra afiliado actualmente (f.º 28, archivo 11, carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen

pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavors de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella*

*pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria

(1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**24 de enero de 1996**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Protección S.A. suscrito el **24 de enero de 1996**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] *firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u*

otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,***

precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A., a pagar con su propio patrimonio, los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los 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, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliado a estas administradoras, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones y Skandia S.A., como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

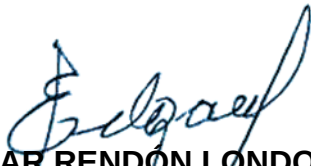
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a las AFP Protección S.A., Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colfondos S.A., a pagar con su propio patrimonio, los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones y Skandia S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Skandia S.A., la suma de \$1.160.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105030202100116-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANA MARY RODRÍGUEZ CORDERO
DEMANDANDO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ANA MARY RODRÍGUEZ CORDERO**, se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Colfondos y posteriormente a otras AFP, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **ordene** a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, las cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado durante su vinculación al RAIS; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM y actualizar su historia laboral, a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1, carpeta 1ª inst, exp. Digital), señaló en síntesis, que se afilió al ISS para pensión desde el 17 de mayo de 1995; que el 29 de junio del 2000, se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos, pero que no fue asesorada o informada por ese fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, circunstancia que ella debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión de cambiarse de régimen de pensiones; que no le indicaron: i) que régimen le convenía más de acuerdo a su caso particular; ii) a cuanto ascendía el capital que debía acumular para pensionarse respetando su mínimo vital; iii) que de su cuenta se debitaría costas de administración entre otros conceptos, y ello como influiría en el monto de su prestación; vi) que tendría derecho a un bono pensional, y todo lo referente a este; v) sobre la tasa de reemplazo; y vi) los requisitos para pensionarse de forma anticipada. Agregó que no le realizaron proyecciones pensionales.

Indicó que, en el año 2004, se vinculó a la AFP Porvenir S.A., donde se encuentra cotizando actualmente. Añadió que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, entidad que el 18 de septiembre de 2020 rechazó el traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, indicó a todos que no le constaban, por ser situaciones ajenas a esa entidad o porque se atenía a la prueba documental. Indicó que la actora había ratificado su voluntad de permanecer en el RAIS, que era deber de ella estar pendiente de su situación pensional, y que no podía trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Propuso como excepciones de fondo, las de perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 04, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora se trasladó de manera horizontal a la AFP Horizonte hoy Porvenir, mediante formulario de fecha 20 de noviembre de 2003, con efectividad a partir del 01 de enero de 2004, y que desde entonces cotiza en ese fondo; frente a los demás indicó que no le constaban por corresponder a un tercero. Aclaró que, el traslado al RAIS con la AFP Colfondos era totalmente válido, por cuanto se había brindado a la actora la información pertinente y necesaria; además que la promotora del litigio había suscrito el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y completamente informada sobre el traslado al RAIS, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente.

Sostuvo que, solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; que de hecho la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nació a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015.

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

La AFP Colfondos S.A. contestó (archivo 11, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos sostuvo que no eran ciertos o que no le constaban por corresponder a otra entidad. Aclaró que fue la demandante quien solicitó de forma libre su traslado a esa AFP, dejando claro su consentimiento y aceptación de querer vincularse con esa sociedad; que brindó una asesoría integral y completa sobre el régimen general de pensiones, pero que la decisión

de traslado la tomaba cada persona, luego de examinar los beneficios y desventajas de los diferentes regímenes pensionales o administradoras de pensiones.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de febrero de 2023 (archivo 17 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora ANA MARY RODRÍGUEZ CORDERO, identificada con cédula de ciudadanía No.40.023.936, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a partir del 1° de agosto de 2000, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar válidamente vinculada a la demandante señora ANA MARY RODRÍGUEZ CORDERO al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condenar a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1° de enero del 2004 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración y primas de seguro previsional deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: Condenar a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración, prima de seguro previsional y los dineros que van al fondo para la garantía de pensión mínima, por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es, a partir del 1° de agosto de 2000 al 31 de diciembre del 2003, dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

QUINTO: Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de

la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEXTO: Declarar no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: Condenar en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, por secretaría líquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000) para cada entidad y a favor de la demandante.

OCTAVO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante se afilió al RPM-ISS el 17 de mayo de 1995, donde cotizó hasta el 31 de julio del 2000, un total de 265,9 semanas; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos mediante un formulario de afiliación firmado el **29 de junio del 2000**, con efectividad a partir del 1° de agosto de igual año, que se vinculó con Horizonte hoy Porvenir el 20 de noviembre de 2003 donde permanece hasta la actualidad.

Expuso que, no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado de régimen puede tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Explicó que, las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que, con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo y finalmente al de doble asesoría; que si el afiliado alegaba que la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo; que la entidad

incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (sentencia CSJ SL1688-2019).

Indicó que, en el presente asunto la AFP que realizó el traslado de régimen pensional en 2000, esto es, Colfondos no actuó con el cuidado de dar toda la información necesaria para cumplir con la teoría de la voluntad informada, pues este era un tema especialísimo de altos conocimientos que solamente los alcanzan las personas que están dedicadas al oficio de administrar las pensiones.

Advirtió que, en el plenario no se había acreditado que la demandante hubiese recibido por parte de la AFP Colfondos ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, de ahí que resultaba ineficaz el traslado inicial y los realizados con posterioridad a las otras AFP.

Sostuvo que, los traslados horizontales no ratifican el traslado inicial que está viciado de ineficacia; que si bien tanto en el formulario de afiliación inicial como en el formado con Horizonte encontraba una proforma de declaración de libre y voluntaria de haber elegido a cada administradora de pensiones, ello no era suficiente para dar por acreditado dicho deber, porque allí no se evidenciaba una decisión informada y por ello no podía conocer las consecuencias de su decisión.

Advirtió que, Porvenir S.A. debía devolver todos los valores que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos, y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en esta administradora hasta que se haga efectivo el traslado, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados; que Colfondos también debían reintegrar a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en

este, sumas que debían ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP COLFONDOS** interpuso recurso de apelación solo frente a la condena en costas, por considerar que por la clase de proceso y la duración de este, éstas son excesivas.

La **AFP PORVENIR S.A.**, sustentó el recurso de apelación en que, si bien existía un precedente jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esa misma corporación también había señalado que este no se aplicaba de manera homogénea a todo los casos de ineficacia, pues exigía similitud en las pretensiones y en los hechos, lo cual en este asunto no se presentaba porque la demandante se había trasladado al RAIS en el año 2000 y realizó un traslado horizontal en el año 2003, fechas para las cuales no existía un deber de información en los términos reclamados en la demanda y estudiados en la sentencia de primera instancia.

Indicó que, la actora se trasladó al RAIS voluntariamente, y de forma libre e informada, prueba de ello era la firma de los dos formularios suscritos con las AFPs demandadas, los cuales no fueron tachados de falsos; que si el traslado de régimen era declarado ineficaz, la AFP solo debía devolver a Colpensiones los recursos que se hubiesen causado de haber permanecido en el RPM, mas no los rendimientos financieros generados en el RAIS pues si el traslado a este régimen no surtió efectos la demandante no puede beneficiarse de sus cualidades.

Señaló que, tampoco tiene porque asumir la devolución de las primas de seguros previsionales o cualquier otro emolumento, por cuanto estos ya no estaban en su poder, sino que habían sido erogados en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que devolver los rubros condenados debidamente indexados, constituía un doble pago, porque también se le había ordenado la devolución de los rendimientos financieros dineros que están debidamente actualizados.

También solicitó se revoque la condena en costas, porque esa AFP no fue la que provocó la ineficacia del traslado de régimen, pues llegó allí por virtud de un traslado horizontal, y no tuvo otra opción que aceptar su vinculación.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colfondos, y Porvenir S.A., así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos, y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora ANA MARY RODRÍGUEZ CORDERO nació el 27 de enero de 1962; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 01 de abril de 1995, hasta el 31 de julio del 2000, un total de 261,86 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 23 de febrero de 2021 (f.º 29 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos mediante formulario de vinculación firmado el **29 de junio del 2000**, con efectividad a partir del 01 de agosto de igual año; y *iv)* que realizó un traslado horizontal a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el día 20 de noviembre de 2003 con efectividad a partir del 01 de enero de 2004, y allí permanece hasta la fecha (archivo 04 carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento

del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado esa Corporación que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP

desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-29 de junio del 2000 -**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colfondos suscrito el 29 de junio del 2000, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente,

completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que la actora se vinculó se trasladó de Colfondos a Horizonte hoy Porvenir, o porque le realizaron una reasesoría, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

De otro lado, no podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, o que al haber permanecido en el mismo régimen desde el año 1997, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al

momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negritas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negritas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Tampoco puede admitirse que porque actualmente está inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no es dable declarar la ineficacia, porque esta se generó al momento del traslado inicial año 2000; el hecho que se hubiese

trasladado entre fondos privados no convalida el cambio de régimen, primero, porque la ineficacia es insubsanable (sentencia CSJ SL1688-2019), y segundo, porque el hecho de realizar «*sucesivas afiliaciones en el RAIS, después de haber abandonado el RPM, no tiene como consecuencia que de ello*» convalide el incumplimiento del deber de información (sentencia CSJ SL3349-2021).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación

definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“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.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Dichos valores deben ser indexados, como quiera que por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que al respecto formuló Porvenir.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Porvenir S.A. y Colfondos en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, toda vez que el numeral 1° del artículo 365 del CGP establece de manera clara que debe ser condenado en costas a la parte vencida en el proceso, luego al resultar dichas entidades vencidas en juicio en tanto que, ambas están en la obligación de trasladar a Colpensiones los valores recibidos en su integridad por las cotizaciones de la actora, y demás emolumentos aquí ordenados; además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda, deben ser condenadas en costas.

Ahora en cuanto a la liquidación de la misma, este es un asunto que debe ser recurrido conforme el artículo 366 del CGP, mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir y Colfondos, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

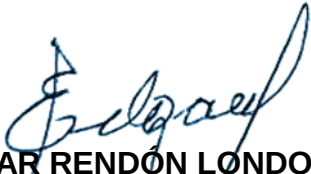
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de febrero de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir y Colfondos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Colfondos y Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503220140073402
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA PATRICIA MARTÍNEZ MURCIA
DEMANDANDOS	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - MARÍA ANALFI SANTA DE AGUDELO

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

AUTO:

Visto memorial de sustitución de poder radicado por el mandatario judicial de Colpensiones, se reconoce personería para actuar a la profesional en derecho Laura Natalia Guerrero Vinchira, identificada con la cedula de ciudadanía No. 1.014.208.534 de Bogotá D.C y T.P. No 305.872 del C.S de la J, en los términos en que le fue sustituido el mandato, previa comprobación de su calidad de abogado en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA.

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María Patricia Martínez** que se ordene a Colpensiones reconocer y pagar en su favor pensión de sobrevivientes desde el 22 de noviembre de 2023, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y que se condene a la administradora a lo que resulte probado conforme a las facultades extra y ultra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°3-7 expediente físico), señaló que ella convivió con el señor José Roger Agudelo Quintero en unión marital de hecho desde noviembre de 1994 hasta el día del fallecimiento de éste ocurrido el 31 de noviembre de 2013, tiempo durante el cual convivió de manera continua e ininterrumpida con el causante; que de tal unión nacieron dos hijos de nombres John Fredy y José Roger Agudelo Martínez quienes a la fecha de la presentación de la demanda eran mayores de edad; que el causante la había afiliado como beneficiaria al sistema de seguridad social en salud; que el señor José Roger Agudelo Quintero era pensionado por el ISS hoy Colpensiones; que ella había solicitado la sustitución pensional el 08 de mayo de 2014; que la administradora pública negó tal solicitud a través de Resolución GNR 305305 del 02 de septiembre de 2014, argumentando que también se había presentado a reclamar la pensión de sobrevivientes la señora María Analfi Santa de Agudelo en calidad de cónyuge del causante.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La señora **MARÍA ANALFI SANTA DE AGUDELO** contestó la demanda (f° 24 – 27 expediente físico), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante tuvo dos hijos con el señor José Roger Agudelo Quintero; que el fallecido era pensionado del ISS hoy Colpensiones; que la demandante había solicitado la sustitución pensional el 08 de mayo de 2014; que la administradora pública negó tal solicitud a través de Resolución GNR 305305 del 02 de septiembre de

2014, argumentando que también se había presentado a reclamar la pensión de sobrevivientes la señora María Analfi Santa de Agudelo en calidad de cónyuge del causante. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos. No formuló excepciones de mérito.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda (fº 54 – 59 expediente físico), oponiéndose a las pretensiones de la misma. En cuanto a los hechos, aceptó que al señor José Roger Agudelo Quintero era pensionado del ISS hoy Colpensiones; que la demandante había solicitado la sustitución pensional el 08 de mayo de 2014; que la administradora pública negó tal solicitud a través de Resolución GNR 305305 del 02 de septiembre de 2014, argumentando que también se había presentado a reclamar la pensión de sobrevivientes la señora María Analfi Santa de Agudelo en calidad de cónyuge del causante. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban y que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa y título de los derechos reclamados, no configuración del derecho al pago del IPC o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización alguna, pago y buena fe.

TRÁMITES PROCESALES Y ACTUACIONES RELEVANTES EN PRIMERA INSTANCIA

En el transcurso del proceso judicial, Colpensiones a través de Resolución VPB598994 del 03 de septiembre de 2015, resolvió reconocer y ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes del señor José Roger Agudelo Quintero a partir del 21 de noviembre de 2013, a favor de la señora María Patricia Martínez en un 32,48% y a favor de la señora María Analfi Santa de Agudelo en un 67,25%.

Posteriormente, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 27 de enero de 2017 (fº 90 – 91 expediente digital), resolvió:

PRIMERO. – DECLARAR no probada las excepciones propuestas por la convocada a juicio conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO. – CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a reconocer y a pagar la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del señor JOSÉ ROGER AGUDELO QUINTERO a la señora MARÍA PATRICIA MARTÍNEZ y a la señora MARÍA ALANFI SANTA DE AGUDELO a partir del 22 de noviembre de 2013, en una proporción del 50% para cada una de ellas.

TERCERO. – CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a reconocer y a pagar a la demandante señora MARÍA PATRICIA MARTÍNEZ entre la pensión que se le ha venido reconociendo a MARÍA ALANFI SANTA DE AGUDELO y el reconocimiento ordenado en esta providencia.

CUARTO. – SIN COSTAS en esta instancia.

Contra esta decisión Colpensiones interpuso recurso de apelación parcial, con ocasión de lo cual la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, en sentencia del 19 de septiembre de 2018, dispuso lo siguiente:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a declarar probada la excepción de la inexistencia de la obligación frente a la señora MARÍA ANALFI SANTA DE AGUDELO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la demandada a reconocer y pagar la sustitución pensional a la demandante MARÍA PATRICIA MARTÍNEZ MURCIA en cuantía del 100% de la pensión de vejez que venía percibiendo el causante, a partir del 22 de noviembre de 2013, debiendo la demandada cancelar la diferencia pensional correspondiente, de conformidad con las consideraciones dadas en esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS DE ESTA INSTANCIA a la parte demandada.

CUARTO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS la sentencia apelada y consultada.

Con ocasión de esta decisión, Colpensiones a través de Resolución SUB36144 del 12 de febrero de 2019, dio cumplimiento al anterior fallo y, en consecuencia, ordenó

reconocer la pensión de sobrevivientes del señor José Roger Quintero a la señora María Patricia Martínez en un 100%.

Contra la decisión judicial del *Ad quem*, la señora María Analfi Santa de Agudelo instauró acción de tutela en la que adujo que su abogada abandonó *«completamente el proceso, quedándose sin la asistencia técnica a la que tiene derecho para defender sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital»*; que aunque fue notificada de la iniciación del proceso ordinario laboral en su contra, tras contestar la demanda, no volvió a recibir *«comunicación ni de Colpensiones, ni del juzgado, ni de su abogada, relacionada con la continuación del proceso o la Resolución de Colpensiones»*. Asimismo, refirió que el juez de segunda instancia no tuvo en cuenta las siguientes pruebas: (i) el acta de matrimonio, en la cual consta que nunca se divorció del causante; (ii) las declaraciones extra juicio que dan cuenta de su convivencia con el causante desde el matrimonio hasta el día de su muerte; (iii) los hijos que procreó con el pensionado y (iv) los documentos que acreditan que ella asumió los gastos del sepelio junto a sus hijos. También indicó que Colpensiones ya le había reconocido el derecho pensional con base en tales pruebas, por lo que lo decidido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá era *«gravoso y nugatorio de sus derechos fundamentales»*.

El 10 de julio de 2019, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo solicitado. Señaló que quien acudía al trámite constitucional tenía la obligación de demostrar diligencia en el beneficio de sus propios derechos, pues si no había hecho uso de las herramientas procesales que la ley preveía se perdía la oportunidad de acudir al juez constitucional. Esta decisión fue impugnada por la accionante.

El 20 de agosto de 2019, la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de primera instancia. Señaló que María Analfi Santa no podía pretender por vía de la acción de tutela purgar su incuria bajo el supuesto de no haber sido llamada por la judicatura para defender sus intereses en el proceso ordinario, máxime cuando reconoció que en el año

2015 el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá le notificó la existencia del litigio para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Adicionalmente, dijo que los razonamientos planteados en la decisión de segunda instancia cuestionada se encontraban fundamentados en las disposiciones legales y jurisprudenciales sobre la materia, por lo que no se advertía el supuesto desconocimiento del derecho al debido proceso de la accionante.

En sede de revisión, la Corte Constitucional en sentencia SU108/20, dispuso lo siguiente en relación con el trámite de tutela que nos ocupa:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada por medio del auto del 20 de noviembre de 2019.

[...]

Quinto.- REVOCAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019 por la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión de 10 de julio de 2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que negaron el amparo de los derechos de María Analfi Santa. En su lugar, AMPARAR el derecho al debido proceso de la accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia (expediente T-7.607.991).

Sexto.- DEJAR SIN EFECTOS todas las actuaciones surtidas tras la contestación de la demanda en el proceso ordinario laboral identificado con el número 11001-3105-032-2014-0073400, con el fin de que el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá adelante nuevamente dichas actuaciones, en aras de garantizar el debido proceso de María Analfi Santa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia (expediente T-7.607.991).

Séptimo.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución SUB 36144 del 12 de febrero de 2019, proferida por Colpensiones. En consecuencia, ORDENAR a Colpensiones que restablezca el pago de la mesada pensional a María Analfi Santa y a María Patricia Martínez, en los términos dispuestos por la Resolución SUB 59894 del 3 de septiembre de 2015, hasta tanto la Jurisdicción Ordinaria Laboral resuelva el conflicto entre las solicitantes de la prestación social (expediente T-7.607.991).

Octavo.- Por medio de la Secretaría General, DEVOLVER los expedientes identificados con los números 05001-31-05-006-2011-01423-00 (CUI) y 11001-3105-032-2014-00734 a sus juzgados de origen, los cuales fueron allegados en calidad de préstamo.

Noveno.- LIBRAR por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Con ocasión de la anterior decisión el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en auto del 19 de marzo de 2021, dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por la Corte Constitucional en sentencia SU108/20 del 11 de marzo de 2020, requirió a la señora María Analí Santa de Agudelo para que otorgara poder a un profesional en derecho a efectos de que la representara en el litigio y fijó fecha para audiencia inicial. Agotado los trámites de Ley, profirió la respectiva sentencia de primera instancia.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 07 de diciembre de 2021 (f° 70 – 71 expediente digital), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer la sustitución pensional en favor de la señora MARÍA PATRICIA MARTÍNEZ MURCIA en un 48,1% de la pensión de vejez que percibía el causante JOSÉ ROGER AGUDELO QUINTERO y la señora MARÍA ANALÍ SANTA DE AGUDELO en un 51.90% de la pensión de vejez que recibía el señor AGUDELO QUINTERO.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES – COLPENSIONES a redistribuir la sustitución pensional que en este momento se le está reconociendo a las señoras MARÍA PATRICIA MARTÍNEZ MURCIA y MARÍA ANALÍ SANTA DE AGUDELO en los porcentajes ya señalados, redistribución que se deberá efectuar a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: SIN COSTAS en la presente actuación.

Para fundamentar su decisión señaló que estaba debidamente acreditado que el señor José Roger Agudelo falleció el 21 de noviembre de 2013, que la normatividad aplicable era la vigente para esa data que correspondía a la Ley 797 de 2003 que en sus artículos 12 y 13 modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, para lo cual procedió a citarlos, haciendo hincapié en que en el evento en que de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión, dicha prestación se dividiría entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Con base en el anterior marco normativo, advirtió que el señor José Roger Agudelo Quintero ostentaba la calidad de pensionado debido a que se le había reconocido una pensión de invalidez en cuantía del salario mínimo legal mensual a través de Resolución 6292 del 01 de enero de 2009; que posteriormente, tal prestación le fue convertida a la de vejez de manera vitalicia.

Señaló que, la señora María Analfi Santa de Agudelo en su escrito de contestación manifestaba que había convivido con el señor José Roger Agudelo de manera continua e ininterrumpida; que por otra parte, la demandante aducía en su escrito de demanda haber convivido con el causante por espacio de 19 años entre noviembre de 1994 y noviembre de 2013, que ambas confirmaron haber procreado dos hijos con el causante, de ahí que a través de los medios de prueba debiera determinarse, de un lado, si el causante convivió con la señora María Analfi Santa de Agudelo durante todo el tiempo de vigencia del vínculo matrimonial y, de otro, si convivió con María Patricia Martínez durante los últimos 19 años anteriores a su fallecimiento, para de ese modo determinar a quién le correspondería el derecho pensional que se reclamaba.

Adujo que, la señora María Analfi Santa de Agudelo en el interrogatorio de parte refirió que convivió con José Roger Agudelo desde el 16 de mayo de 1974, hasta el momento de su fallecimiento en la ciudad de Manizales en el barrio Villahermosa; que la dirección de su residencia era la calle 51D #11-40, lugar donde vivieron durante toda su relación por más de 42 años; que el causante nunca vivió en Bogotá como tampoco había convivido con la demandante; que el señor José Roger Agudelo era conductor; que éste dejó el oficio en el año 2008 debido a que empezó a perder la vista; que se había enterado de que él tenía otra pareja con ocasión de lo cual tuvieron una discusión; que él se había ido de la casa unos días, pero que había regresado al poco tiempo; que el causante por su actividad laboral se quedaba aproximadamente 4 días por fuera, que ella no supo si aquel había mantenido una relación con María Patricia Martínez después de la discusión; que el causante falleció en su vivienda por un infarto fulminante y que a la Clínica a la que fue trasladado acudió la demandante.

Refirió que, por su parte María Patricia Martínez Murcia al rendir interrogatorio expuso que fue compañera de José Roger Agudelo por espacio de 19 años; que iniciaron una relación sentimental en 1979; que él manejaba un bus; que cuando ella lo conoció no sabía que él era casado; que tuvieron dos hijos; que en 1985, sus padres se fueron a vivir a Bogotá y que el causante había ido por ella; que en 1994, la señora María Analfi Santa lo sacó de la casa, con ocasión de lo cual ella y el pensionado se habían ido a vivir juntos al barrio Colombia y después al barrio Asunción; que vivieron en Bogotá en el Barrio el Carmen y que, posteriormente, lo llevó a Manizales porque en Bogotá no le dieron esperanzas de recuperarse de sus problemas de salud; que en junio de 2013, lo dejó en la casa de María Analfi Santa donde le dieron una habitación; que se le pagaba a una hermana de la demandada para que lo cuidara; que desde el año 1994, el causante dejó de convivir con su esposa y que incluso aquella tuvo una pareja de nombre John Fredy; que solo se separaron cuando el señor José Roger Agudelo fue a operarse a Manizales y que en todo caso ella había viajado para acompañarlo en su recuperación, que, aunque el causante tenía una relación de cordialidad con su esposa, lo cierto era que no convivían.

Hizo alusión también al testimonio de la señora María Liliana Rubio Aristizábal, cuñada de la demandante, quien manifestó que conocía a la actora desde hacía 35 años; que le constaba que ella convivía con el señor José Roger Agudelo desde 1995; que él era conductor de bus y después manejada un Jeep; que esa relación más o menos inició en el año 1994 o 1995; que empezaron a convivir en el Barrio Colombia y después se trasladaron a Bogotá; que sabía que el pensionado había fallecido por un problema del corazón en una clínica en la ciudad de Manizales; que él se había ido a vivir a la casa de su esposa por un tratamiento médico que debía hacerse en esa ciudad y que la demandante había ido a visitarlo a casa de la esposa y a la clínica.

Manifestó que, las señoras Luz Xiomara Leyton García y Luz Marina Guarín Sánchez, ambas testigos de la demandante, fueron coincidentes en indicar que el señor convivió con la actora desde el año 1994, pero que al momento de su fallecimiento estaba en la casa de su esposa debido a que se estaba realizando un tratamiento médico

Señaló que, se escuchó el testimonio de la señora Rosalba Arias de Gómez quien refirió ser amiga de la señora María Analfi Santa desde hacía más de 20 años por vivir en el mismo barrio; que conoció al esposo de ésta con posterioridad; que sabía que el señor José Roger Agudelo era transportador y que por su trabajo lo veía pocas veces, sin dar certeza de las fechas de convivencia.

Refirió que, se escuchó a Sandra Milena Hernández, quien manifestó ser esposa de un sobrino de la demandada María Analfi Santa y refirió conocer a la demandada desde hacía 23 años; que ésta convivía con José Roger Agudelo desde que los conocía; que aquel manejaba carros y buses; que cuando murió se encontraba en la casa de la demandada y que siempre vivieron juntos, aunque precisó que él se ausentaba mucho por su trabajo.

Resaltó que, adicional a la prueba testimonial y los interrogatorios de parte, se hallaban documentos que daban cuenta que la demandada María Analfi Santa se encargó de los gastos del sepelio del causante, cuestión que incluso fue aceptada por la misma demandante; que obraba acción de tutela que debió instalar el señor José Roger Agudelo para el reconocimiento de su pensión en la que se consignó como dirección de domicilio una diferente a la aducida por María Analfi Santa en la que afirmaba haber residido con el causante por 42 años; que también obraba dictamen de pérdida de capacidad laboral del 22 de octubre de 2008, en el que se consignó como domicilio la calle 15 # 25 – 54; que obraba documento en el que se registraban las afiliaciones efectuadas por el causante a su núcleo familiar del cual se avizoraba que afilió como beneficiarios a María Patricia Martínez Murcia, en calidad de compañera, a José Roger Agudelo Martínez en calidad de hijo y que había excluido a María Analfi Santa como afiliada.

Sostuvo que, las pruebas documentales y testimonios analizados en conjunto daban cuenta de que el señor José Royer Agudelo se separó de hecho de María Analfi Santa de Agudelo y que convivió con María Patricia Martínez Murcia desde el año 1994. Señaló que el testimonio de la señora Rosalba Arias de Gómez con el que se pretendía

acreditar la convivencia con la demandada, resultó poco creíble por ser genérico y confuso y que por el contrario, obraba incluso un documento suscrito tanto por la demandante como por la esposa demandada dirigido a Colpensiones en el que ambas manifestaron estar de acuerdo con que se les reconociera la pensión a cada una en un 50%, lo cual resultaba contradictorio si se tenía en cuenta que en este proceso aducía ser la única que convivió con el causante y en ese sentido, la única con derecho a recibir su pensión.

Asimismo, consideró que el hecho de que el pensionado fallecido hubiese estado viviendo en la casa de María Analfi Santa al momento en que acaeció su fallecimiento no correspondió a una separación entre el causante y la demandante, sino que se dio por una situación de salud de aquel, sin que la unión de la pareja hubiese sufrido alguna ruptura.

Estimó que, en este caso el causante había estado en convivencia con la señora María Analfi Santa desde el día en que contrajeron matrimonio por espacio de 20 años y medio, esto fue, desde el 16 de mayo de 1974, hasta el mes de noviembre de 1994 y que, posteriormente, inició convivencia con María Patricia Martínez desde noviembre de 1994, hasta noviembre del año 2013, por espacio de 19 años. Por ello, determinó que debía reconocerse la sustitución pensional en favor, tanto la de la demandante María Patricia Martínez, como de la demandada a María Analfi Santa, en proporción al tiempo convivido con el causante, correspondiéndole el 48.10% de la pensión a la demandante y el 51.9% a la señora María Analfi Santa.

Finalmente, refirió que no era procedente establecer condena alguna por intereses, como quiera que a la fecha en este caso Colpensiones había reconocido la pensión de sobrevivientes a ambas señoras con ocasión de orden impartida por la Corte Constitucional, cuestión que también hacía impróspera la prescripción formulada.

Contra la sentencia la demandante presentó solicitud de adición encaminada a que se realizara pronunciamiento con relación a los cobros que había efectuado

Colpensiones en su contra, encaminados a que se restituyeran los dineros que se le habían sido pagados en exceso por esta entidad con ocasión de la orden impartida por el Tribunal en sentencia del 19 de septiembre de 2018, y que fue dejada sin efecto por la Corte Suprema de Justicia. En tal sentido, solicitó que el *a quo* de manera explícita indicara que la administradora pública no podía cobrar esos dineros, como quiera que provenían de una orden judicial y que no fueron producto de culpa o mala fe de la actora.

El *a quo* determinó que no era procedente acceder a esa solicitud debido a que desbordaba el objeto del litigio y que, en todo caso, estaba demostrado que Colpensiones había sufrido un detrimento patrimonial, lo que en principio lo habilitaría para cobrar tales emolumentos.

CONSULTA

No se interpusieron recursos en contra de la sentencia de primera instancia, por lo que el proceso fue remitido a la Sala para resolver el grado de consulta en favor de Colpensiones, conforme lo establece el artículo 69 del CPTSS.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor José Roger Agudelo Quintero era beneficiario de una pensión de vejez con el ISS hoy Colpensiones, reconocida a través de Resolución GNR 111436 del 27 de mayo de 2013, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente (f°14 expediente físico); **ii)** que el señor José Roger Agudelo y la señora María Analfi Santa contrajeron matrimonio el 18 de mayo de 1974 y no se divorciaron (f°14 expediente físico); **iii)** que ambos procrearon a dos hijos llamados Yhon Jairo Agudelo Santa y James Agudelo Santa; **iv)** que el pensionado y la señora María Patricia Martínez Murcia

procrearon dos hijos llamados John Fredy Agudelo Martínez y José Roger Agudelo Martínez (aceptación por la demandada de hecho tercero de la demanda); **v)** que el señor José Roger Agudelo Quintero falleció el 21 de noviembre de 2013, en la ciudad de Manizales (f°9 expediente físico); **vi)** que inicialmente Colpensiones a través de Resolución GNR 305305 negó el reconocimiento de la sustitución pensional a las señoras María Analí Santa Agudelo y María Patricia Martínez Murcia hasta tanto una autoridad judicial no resolviera a quién correspondía la prestación.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar si en este caso se cumplen los requisitos previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 737 de 2003, para que las señoras María Patricia Martínez Murcia y María Analí Santa Agudelo sean beneficiarias de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente y cónyuge supérstite, respectivamente, del señor José Roger Agudelo Quintero.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que, tratándose del estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto ocurrió el 21 de noviembre de 2013, de manera que la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

*ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Negrilla fuera del texto original)

(...)

Dado que es un hecho indiscutido que el causante ostentaba la calidad de pensionado con el ISS desde el 27 de mayo de 2013 surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala lo siguiente respecto de la compañera o compañero permanente supérstite:

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

*<Aparte subrayado condicionalmente exequible> **En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente

y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido».

Acorde con lo anterior, quien pretenda ser beneficiaria en calidad de cónyuge o compañera permanente debe acreditar además de dicha calidad, una convivencia real y efectiva con el pensionado de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos, para la cónyuge supérstite en cualquier tiempo y para la compañera permanente inmediatamente previos al deceso del causante.

Así se dejó plasmado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL2767-2020, en la que se indicó:

Importa precisar, que el literal b), inciso 3 del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, regula la situación del cónyuge que a pesar de haberse separado de hecho, mantiene su vínculo matrimonial vigente, en cuyo caso, ante el fallecimiento del pensionado, el disfrute del derecho prestacional deberá compartirse entre aquel y la compañera(o) permanente que tenga esa condición para la fecha del óbito, en proporción al tiempo de convivencia, siempre que este no sea inferior a 5 años.

(...)

Conviene no olvidar, que a la luz de la disposición recién aludida, quien aspire a la pensión allí consagrada bajo la condición de compañera(o) permanente del pensionado que muere, debe demostrar la convivencia con este por un lapso no menor a 5 años continuos anteriores al deceso (...). (negrilla y subrayado fuera del texto original)

Así, cuando el pensionado fallecido tenga dos o más beneficiarios, cónyuge y un(a) o más compañeros(as) permanentes, la prestación ha de reconocerse de forma proporcional al lapso de convivencia de cada una con él o ella (sentencia CSJ SL2893-2021).

Resulta pertinente recordar que respecto de la convivencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL476-2022, entre otras, ha señalado que, aunque no existe tarifa legal, lo cierto es que el material probatorio debe denotar que entre el fallecido y el cónyuge o compañero se forjó una comunidad de vida

estable y permanente, en cohabitación y con la firme intención de conformar una familia y un hogar, a saber:

Además, de tiempo atrás la Corte ha sostenido que la acreditación del requisito de convivencia no se obtiene a través del cumplimiento de una mera formalidad, como una declaración extraprocesal rendida en una notaría o plasmada en un documento, sino que sólo se puede dar por establecida en la realidad misma, es decir, debe ser el reflejo de una auténtica comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico y camino hacia un destino común, esto es, en los términos del artículo 42 Constitucional, que consulte el verdadero deseo libre de la pareja, de conformar una familia, con lo cual se obtendría la garantía de protección del Estado y de la sociedad allí ofrecida.

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la actora y la demandada María Analfi Santa cumplieron los requisitos de la convivencia con el pensionado a efectos de ser reconocidas como beneficiarias de la sustitución pensional, para lo cual se analizarán inicialmente los interrogatorios de parte, seguido de las declaraciones extrajuicio, las testimoniales recaudadas y finalmente, las documentales obrantes en el expediente:

Interrogatorios de parte	
Señora María Patricia Martínez	Manifestó que, fue la compañera del causante durante 19 años; que su relación inició en 1979; que inicialmente ella no sabía que era casado; que quedó en embarazo de su primer hijo en 1980; que para esa época ella vivía con sus padres; que en el año 1985 sus padres se fueron para Bogotá y ella también se fue unos meses y que el causante fue a buscarla a esa ciudad; sin embargo, aclaró que ese mismo año se devolvió Manizales con su esposa toda vez que esta estaba en embarazo del segundo hijo. Agregó que, el señor José Roger Agudelo respondía por ella y sus hijos; que en el año 1994, la señora María Analfi Santa le pidió a José Roger Agudelo que se fuera de la casa y que con ocasión de ello, se mudaron juntos al barrio Colombia en Manizales, luego al barrio La Asunción hasta finales de 2011, cuando por motivos de trabajo de uno de sus hijos se fueron a vivir a Bogotá en el barrio El Carmen; que posteriormente tuvo que llevar al causante a la ciudad de Manizales con la intención de que fuese operado de la vista y del corazón; que en Manizales se hospedó en la casa de la señora María Analfi Santa debido a que no tenía otro lugar en el que pudiese quedarse; que en este lugar se le pagaba \$100.000 a una hermana de la señora Analfi para que atendiera al causante; que en Manizales fue operado de la vista y a los dos meses siguientes tuvo el infarto; que ella debió regresarse a Bogotá para estar

	al cuidado de sus nietos pero que seguía teniendo conversaciones a diario con el causante; que se enteró de que incluso la señora María Analfi Santa tuvo otra pareja llamada John Fredy. Indicó que, José Roger Agudelo falleció el 21 de noviembre de 2013; que ella estuvo en el momento del fallecimiento; que cuando le informaron del infarto que éste sufrió, se desplazó inmediatamente a Manizales; que iba todos los días a la clínica, dos veces al día en horario de visita. Agregó que, la señora María Analfi Santa tenía afiliado al causante a Jardines de la Esperanza, y esto cubrió los gastos fúnebres. Finalmente, mencionó que entre 1994 y 2013, nunca se separó del pensionado; que el único momento en que se distanciaron físicamente fue cuando lo llevó a Manizales para que lo operaran de la vista; que sabía que éste sostenida una relación meramente cordial con María Analfi Santa; que él nunca faltaba a la casa, hacía viajes muy cortos por su labor de conductor de buses y camionetas, pocas veces eran de un día para otro y en ocasiones ella viajaba con él.
Señora María Analfi Santa	Manifestó que, convivió en la ciudad de Manizales en la calle 51b #11-40 en el barrio Villahermosa, por espacio de 42 años con el señor José Roger Agudelo Quintero desde el 18 de mayo de 1974, hasta el 21 de noviembre del 2013, cuando falleció; que el causante nunca vivió en la ciudad de Bogotá y que nunca convivió con la señora María Patricia Martínez. Agregó que, se casó con el causante el 18 de mayo de 1974; que procrearon dos hijos; que era conductor de buses y camionetas; que él viajaba donde le resultara; que esta labor la desempeñó hasta que empezó a perder la vista, es decir aproximadamente en el 2008, posterior a esto ya no podía trabajar y que lo pensionaron; que descubrió que el causante tenía otra relación amorosa, con ocasión de lo cual tuvieron una discusión y él se fue de la casa unos días, pero retornó al poco tiempo; que suponía que con posterioridad a la discusión que tuvo con su esposo este continuó con la relación sentimental que tenía con la demandante. Mencionó que, conocía a la señora María Patricia Martínez Murcia debido a que tenía una relación sentimental con su esposo; que sabía que el fallecido había tenido dos hijos con aquella llamados Fredy y Roger; que el causante viajaba por Arauca o donde tuviese que asistir y que los viajes demoraban 4 o 5 días. Indicó que, José Roger Agudelo falleció el 21 de noviembre de 2013, debido a que tuvo un infarto en su casa, en la ciudad de Manizales; que quedó con muerte cerebral y duró 20 días en estas condiciones en la clínica; que en ese lugar fue acompañado por los hijos que tenían en común, su familia, así como por la demandante y sus hijos; que se

	encargó de las obras fúnebres de José Roger Agudelo y que María Patricia no participó en estas cuestiones.

Testimonios	
María Liliana Rubio Aristizábal (testigo de la demandante)	Dijo ser cuñada de la demandante; que la conocía hacía 35 años; que la señora María Patricia convivió con José Roger Agudelo por mucho tiempo; que conoció al causante hace más de 20 años, aproximadamente en 1981; que para esa época ella todavía no convivía con el fallecido, sin embargo, tenían una relación y un hijo en común Jhon Fredy, su primer hijo. Indicó que, José Roger Agudelo laboraba como conductor de un bus; que su convivencia con la demandante inició a finales del año 1994; que ambos convivieron en el barrio Colombia durante 14 años, posteriormente vivieron en el barrio La Asunción durante 3 o 2 años, luego estuvieron en Bogotá en el barrio el Carmen en casa de los padres de la actora. Señaló que, supo que el causante falleció por problemas cardiacos en la Clínica Versalles de la ciudad de Manizales; que estuvo hospitalizado aproximadamente 15 días; que debido a que perdió la vista se sumió en una depresión y tuvieron que llevarlo a la clínica en Manizales para practicarle cirugía; que en esta ciudad no estuvo con la demandante debido a que se estaba hospedando en la casa de su esposa, situación que le constaba porque había ido a visitarlo; que el causante no se podía valer por sí mismo, por lo que lo atendía una hermana de su esposa, que esta le iba a hacer los alimentos, le ayudada y luego esta regresaba a su casa. Indicó que, sabía que el fallecido se había dejado con la señora María Analfi Santa desde hacía muchos años, toda vez que él convivía con la demandante de larga data; que cuando la demandante y el ahora fallecido se fueron a vivir a Bogotá ella los visitó tres veces, cuando iban a visitar a sus suegros; que desde el año 2011, el pensionado estuvo siempre en Bogotá y que sólo retornó a Manizales para un tratamiento médico, cuestión que sabía porque tenía contacto telefónico constante con la demandante y porque además los visitó en tal ciudad. Finalmente, agregó que durante la hospitalización del señor José Roger Agudelo en la Clínica en Manizales la demandante iba a visitarlo constantemente.
Xiomara Leyton García (testigo de la demandante)	Refirió que, la demandante era su exsuegra toda vez que entre el 1996 y 2017-2018 había sido compañera de Jhon Freddy Martínez Murcia, hijo de la actora y el causante; que la conoció en Bogotá en el año 1995 o 1996 aproximadamente; que, posteriormente, supo que la demandante y el causante se habían ido a vivir a Manizales al barrio Colombia y después al barrio Asunción.

	Sostuvo que, al momento del fallecimiento el señor José Roger Agudelo vivía donde su ex esposa en la ciudad de Manizales, donde se le dio un espacio en el primer piso de la vivienda, mientras que la señora María Analfi Santa vivía en el segundo piso, cuestión que le había contado el mismo fallecido; que él duro aproximadamente 3 meses en Manizales en la casa de la «exesposa» toda vez que le iban a practicar una cirugía en los ojos porque había perdido la vista. Afirmó que, antes de que el fenecido estuviera en Manizales en casa de su «exesposa», éste vivía en Bogotá con la señora María Patricia Martínez en el barrio el Carmen, en arriendo cerca de donde ella vivía, desde finales del 2011 hasta el 2013 que falleció; que su entonces compañero y ella iban visitar a la demandante y al causante en diciembre a Manizales y que cuando no podía ir, estos iban a Bogotá; que el difunto y la demandante nunca se separaron ni dejaron de convivir. Indicó que, el señor José Roger Agudelo estuvo hospitalizado un mes o veinte días aproximadamente; que murió por un infarto en la clínica; que ella, sus hijos, las tías, la exesposa, los otros hijos de él, los nietos y la señora María Patricia Martínez asistieron al sepelio.
Luz Marina Guarín Sánchez (Testigo de la demandante)	Expresó que, era cuñada de María Patricia Martínez Murcia; que la conocía hacía 38 años; que vivió en unión libre con el señor José Roger Agudelo en Manizales en el barrio Colombia, en el barrio Gonzales y luego en el barrio La Asunción; que se mudaron posteriormente a Bogotá en el barrio el Carmen; que la convivencia como pareja entre el fallecido y María Patricia inició en el año 1994, antes de este año no vivían juntos, pero si tenían una relación. Adujo que, supo que el señor José Roger Agudelo estaba casado con «otra señora»; sin embargo, no recordaba el nombre; que el causante y la demandante tuvieron dos hijos y que él también tenía hijos con «la otra señora» pero que desconocía cuántos tuvo hijos con la otra señora, sin embargo, desconoce cuántos son. Indicó que, José Roger Agudelo falleció el 21 de noviembre del 2013 por un infarto; que al momento del fallecimiento este mantenía la relación con la demandante, quien lo llevó de Bogotá a Manizales a casa de su exesposa donde vivía en una «piecita», toda vez que en esa ciudad le iban a realizar una operación en sus ojos, cuestión que supo porque se lo contó la señora María Patricia Martínez. Refirió que, se enteró de que el pensionado estuvo hospitalizado 20 días en la Clínica de Versalles en Manizales, por un ataque al corazón; que ella había ido a visitarlo y que la actora estuvo al cuidado de aquel.
Rosalba Arias de Gómez (testigo de la demandada María Analfi Santa)	Manifestó que era amiga de la señora María Analfi Santa desde hacía 20 años; que se conocían porque vivían en el mismo barrio en la ciudad de Manizales, donde ésta convivió con su esposo y sus dos hijos; que el

	esposo de la demandada era conductor de busetas y Jeep; que viajaba constantemente, que casi no lo veía, porque sus viajes podían durar por fuera un mes, 20 días o mes y medio, pero siempre regresaba con su esposa y sus hijos; que posteriormente asumió que éste se pensionó toda vez que ya lo veía en casa constantemente; que la casa en la que vivían era de dos plantas y que ambos residían en la parte de abajo toda vez que había una «escalita» peligrosa para la enfermedad que él tenía. Manifestó no recordar la fecha exacta en que el señor Roger Agudelo enfermó; sin embargo, manifestó que éste se quedó ciego y que vivía con la demandada donde le dio un infarto; que no conocía si el señor Royer Agudelo tuvo una aventura; que iba todos los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013 a la casa de la demandada y del causante y que los veía juntos.
Sandra Milena Hernández Nieto (testigo de la demandada María Analfi Santa)	Expreso que, era la esposa de un sobrino de la señora María Analfi Santa desde hacía 23 años, por lo que la conocía desde esa data; que la demandada estuvo casada con el señor Roger Agudelo; que convivieron hasta el día en que aquel falleció; que tuvieron dos hijos y que se veía muy seguido con la pareja toda vez que vivían cerca. Indicó que, el señor Roger Agudelo se dedicaba a conducir camionetas y buses y que con ocasión de ello se ausentaba de 5 a 8 días; que en el año 2011 el causante había perdido la vista y que desde esa fecha se quedó en casa; que cuando la demandada trabajaba aseando casas de familia, el causante se quedaba al cuidado de una hermana de ella. Manifestó que, cuando el causante estuvo hospitalizado en la Clínica Versalles supo que tuvo dos hijos a parte con una señora diferente a María Analfi Santa; que en el Hospital conoció a la madre de los otros dos hijos y negó que la demandada y el causante se hubiesen separado alguna vez; que desde 2011, que enfermó el señor Roger, María Nalfy era la que lo cuidaba a él y cuando ella trabajaba por días, la hermana iba y se quedaba con él.

Declaraciones extrajuicio	
Rosalba Arias de Gómez	Declaró que, desde mayo de 1994, conocía a la señora María Analfi Santa Agudelo; que conoció a José Roger Agudelo desde julio de 2009 hasta su muerte en el 21 de noviembre de 2013; que le constaba que ambos convivieron en matrimonio legítimos bajo el mismo techo y lecho; que el causante velaba económicamente por ella y que de esa relación dos hijos.
Sandra Milena Hernández Nieto	Declaró que desde mayo de 1994 conocía a la señora María Analfi Santa Agudelo y al señor José Roger Agudelo; que le constaba que ambos convivieron en matrimonio legítimos bajo el mismo techo y lecho; que el

	causante velaba económicamente por ella y que de esa relación dos hijos.

Adicionalmente de las pruebas documentales obrantes en el expediente administrativo se extraen las siguientes que resultan relevantes para la comprobación de la convivencia:

- ✓ Solicitud de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud efectuada por el pensionado a favor de la demandante en calidad de

DECLARACIONE SU NÚCLEO FAMILIAR AFILIADO COMO BENEFICIARIOS PARA SALUD.

APELLIDOS Y NOMBRE	DOCUMENTO DE IDENTIDAD	FECHA NACIMIENTO	PARENTESCO
Maria Patricia			
Martinez Maria Maia Patricia	30.294696	21 de Dic. 1964	Compañera
Agudelo Martinez Jose Roger	cc 10.537.64463	21 de Feb. 1986	Hijo

compañera y del hijo José Royer Agudelo Martínez en calidad de hijo del 24 de febrero de 2009 (expediente administrativo Colpensiones. Virtual):

- ✓ Certificación de beneficiarios al Sistema General de Seguridad Social en Salud del 24 de febrero de 2009 emitida por Salud Total (expediente administrativo Colpensiones. Virtual):

Nombre	Documento	Tipo	Afiliación	Sem cot	Sem Ant	Parentesco	Estado Afiliación	Fecha de desafiliación EPS	Estado Actual
AGUDELO QUINTERO JOSE ROGER	10210995	C	Feb-5-2008	52	0	COTIZANTE	VIGENTE		
MARTINEZ MARIA PATRICIA	30294696	C	Abr-25-2000	30	0	CONYUGE	NO VIGENTE	Ago-1-2001	Desafiliado por Retiro laboral (4 meses)
SANTA DE AGUDELO MARIA ANALFI	30278256	C	Feb-12-2008	52	0	COMPAÑERO(A)	NO VIGENTE	Feb-19-2009	Exclusión o anulación de la afiliación
AGUDELO MARTINEZ JHON FREDY	75099384	C	Abr-25-2000	30	0	HIJO DE 18 A 25 AÑOS	NO VIGENTE	Ago-1-2001	Desafiliado por Retiro laboral (4 meses)
AGUDELO MARTINEZ JOSE ROGER	1053764463	C	Feb-18-2009	0	0	HIJO DE 18 A 25 AÑOS	VIGENTE		
SANTA OCAMPO JOSE ADITH	1323737	C	Mar-10-1999	0	0	PADRES	NO VIGENTE	Oct-1-2001	Desafiliado por Retiro laboral (4 meses)
PEREZ DE SANTA MARIA ANTONIA	24284160	C	Mar-10-1999	0	0	PADRES	NO VIGENTE	Oct-1-2001	Desafiliado por Retiro laboral (4 meses)

- ✓ Solicitud de pensión e indemnización de vejez o invalidez que data de 24 de febrero de 2009 con firma y dirección diligenciada por el causante (expediente administrativo Colpensiones. Virtual):

Atentamente,

FIRMA:	
C.C:	10 810 995
DIRECCIÓN:	Calle 15 N° 25-54
TELÉFONO:	8836452

CIUDAD: Manizales

FECHA: 24-02-2009

Visto lo anterior y analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario, considera esta Sala que de conformidad con lo estimado por el *a quo*, tanto la demandante como la señora María Analfi Santa lograron acreditar los supuestos de hecho previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 para ser beneficiarias de la sustitución pensional del señor José Roger Agudelo Quintero.

Pues bien, con relación a la convivencia del causante con la demandante, se tiene que de los testimonios de las señoras María Liliana Rubio Aristizábal, Xiomara Leyton García y Luz Marina Guarín Sánchez se extrae con claridad que ambos convivieron como compañeros entre los años 1994 y 1995, hasta la fecha del fallecimiento de este último, tiempo durante el cual residieron en Manizales y en la ciudad de Bogotá y construyeron un proyecto de vida juntos. Cabe precisar que, si bien las testigos y la misma demandante indicaron que el señor José Roger Agudelo Quintero durante los meses anteriores a su deceso residió en Manizales, también se colige de esas declaraciones que ello se dio exclusivamente con ocasión de un tratamiento médico que se iba a realizar en esa ciudad y no por una separación o terminación de relación o una reconciliación con la señora María Analfi Santa. De hecho, las declarantes también fueron coincidentes en indicar que, en ese tiempo, la señora María Patricia Martínez acudió a visitar al causante en repetidas ocasiones.

Asimismo, obra prueba documental en la que se registra que el causante solicitó la vinculación de la actora como beneficiaria del Sistema General de Seguridad Social en calidad de compañera permanente, lo que en conjunto con las demás declaraciones refuerza la acreditación sobre existencia de la unión y cuidado mutuo entre ambos.

Ahora bien, respecto de la convivencia con la señora María Analfi Santa dan cuenta las mismas confesiones de la demandante, como quiera que aceptó que para la fecha en que inició la relación amorosa con el causante (1979), él estaba casado y que en el año 1985, este viajó a Bogotá, pero **que regresó a Manizales a casa de la demandada debido a que ella estaba en embarazo**. La demandante también confesó que no fue sino hasta el año 1994, que el causante salió del hogar que había conformado con María Analfi Santa debido a que ella lo «*echó de la casa*», lo que permite concluir que previo a esa ruptura, ellos convivieron. Además, de los testimonios y declaraciones extrajuicio de las señoras Rosalba Arias de Gómez y Sandra Milena Hernández Nieto se colige que el causante y la demandada convivieron en el barrio Villahermosa, aunque ambas fueron coincidentes en referir que veían pocas veces al ahora fallecido debido a que, por su trabajo, viajaba por largos períodos de tiempo.

También obra solicitud de pensión e indemnización de vejez o invalidez que data del 24 de febrero de 2009, con firma del causante, en donde registró como dirección de domicilio calle 15 # 25-54 de Manizales, nomenclatura que no coincide domicilio que la señora María Analfi Santa afirmó que era el de la vivienda en la que convivieron durante toda su relación (calle 51b #11-40).

Acorde con dichas probanzas, para esta Corporación es claro que la señora María Analfi Santa convivió con el causante por espacio superior a cinco años, esto es, desde la celebración del matrimonio que data del 18 de mayo de 1974, hasta el momento en que este resolvió iniciar convivencia con la demandante. Aunque no existe absoluta claridad respecto de la fecha en que habría finalizado la convivencia con la esposa, lo cierto es que tal asunto no fue apelado y, en sede de consulta no resulta procedente evaluarlo, pues ello no tendría incidencia alguna en la cuantía de la mesada asumida por

Colpensiones que, con independencia del porcentaje de distribución entre la cónyuge y la demandante, corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente.

En igual sentido, estima esta Sala que de los medios de prueba expuestos, también se concluye que la demandante convivió con el causante por un espacio superior a cinco años anteriores a la fecha de su fallecimiento, esto es, aproximadamente desde el año 1994 hasta el 21 de noviembre de 2013, sin que se pueda considerar que, por haber estado el causante los días anteriores a su deceso en una residencia diferente al hogar que compartía con la actora, se produjo una separación o terminación de la relación, como quiera que tal distanciamiento se dio, de conformidad con los medios de prueba, por una situación de salud del causante. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL14237-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL1399- 2018 y CSJ SL913-2023 ha ratificado que la convivencia no se termina cuando la pareja debe separarse por circunstancias externas a su voluntad, siempre que persista el apoyo, cuidado y ayuda mutua, como quedó demostrado que ocurrió en este caso.

Así las cosas, considera esta Sala que fue acertada la evaluación que de los medios de prueba efectuó el Despacho, así como la conclusión a la que arribó respecto del cumplimiento del requisito de convivencia para la cónyuge y la compañera, previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, a efectos de tenerlas como beneficiarias de la pensión del causante.

Respecto de la prescripción, se observa que la misma no opera como quiera que las demandantes a la fecha se encuentran percibiendo la mesada pensional, conforme a lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia.

Por las razones expuestas, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por estarse surtiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, proferida el 07 de diciembre de 2021, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310503220190084701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CLAUDIA PÉREZ GONZÁLEZ
DEMANDANDO	SOCIEDAD DE SERVICIOS MÉDICOS DOMICILIARIOS ASISTIRTE S.A.S.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora Claudia Pérez González se declare la existencia de un contrato de trabajo con la Sociedad de Servicios Médicos Domiciliarios Asistirte S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago de la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, de los recargos nocturnos y festivos, primas, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones causadas desde el 22 de junio de 2017, al 22 de enero de 2019, a la sanción moratoria e intereses moratorios sobre los valores adeudados y realizar el pago de los aportes a seguridad social durante el vínculo laboral, liquidado todo con un salario de \$4.000.000; que se

condene a la indexación de todos los rubros previamente indicados y a lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f°141 a 142 – expediente físico), señaló en síntesis que celebró contrato de prestación de servicios el 22 de junio de 2017, con la Sociedad de Servicios Médicos Domiciliarios Asistirte S.A.S.; que el aludido contrato fue prorrogado hasta el 21 de julio de 2019; que prestaba sus servicios como terapeuta respiratoria de domingo a domingo, en horario de 7 de la noche a 7 de la mañana; que debía reportar vía telefónica el monitoreo de los pacientes; que devengaba un salario de \$4.000.000; que no se le habían pagado con horas recargos nocturnos y festivos laborados.

CONTESTACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

LA SOCIEDAD DE SERVICIOS MÉDICOS DOMICILIARIOS ASISTIRTE S.A.S. en el término de traslado contestó (f°156-167 expediente digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que celebró contrato de prestación de servicios con la actora el 22 de junio de 2017; que el mismo fue prorrogado hasta el 21 de julio de 2019; que ella fue contratada como terapeuta respiratoria. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación laboral, cobro de lo no debido, buena fe y el empleo de la mala fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de septiembre de 2021 (f° 283-284 expediente físico), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ASISTIRTE S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante CLAUDIA PÉREZ GONZÁLEZ.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable a la demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como **fundamento de su decisión** determinó que, en principio, en el presente caso estaba fuera de discusión la celebración de los contratos de prestación de servicios entre la demandante y la sociedad demandada; que tampoco existía discusión en que la relación inició el 22 de junio de 2017 y terminó el 21 de julio de 2019; que con ocasión de estos contratos la demandante debía cubrir turnos en los lugares designados por la entidad demandada, con ocasión de los cuales recibía una remuneración.

Sin perjuicio de ello, respecto del elemento de subordinación estimó que el mismo no estaba configurado en el presente caso, como quiera que, conforme lo había confesado la misma demandante al absolver el interrogatorio, los turnos fijados por la demandada atendían a la disponibilidad informada por cada uno de los terapistas, incluyendo la demandante, lo que daba cuenta de la autonomía en la determinación de los días de prestación del servicio. Además, destacó que, conforme lo confesó también la actora, ella podía dejar de asistir a un turno fijado, si coordinaba su reemplazo con alguna compañera, sin requerir autorización del personal de la demandada y que, solo en el evento de no conseguir el reemplazo, debía informar a los coordinadores de la entidad llamada a juicio.

Refirió que, conforme lo había determinado la Corte Suprema de Justicia la subordinación correspondía a la facultad que tenía el empleador de dar ordenes e instrucciones al trabajador e inclusive de imponer sanciones disciplinarias a quien incumpliese dichas órdenes, cuestión que en este caso no se avizoraba como quiera que de los medios de prueba, entre ellos los documentales correspondientes a conversaciones por WhatsApp aportadas por la demandante, se desprendía que ella no había recibido órdenes o llamados de atención, sino únicamente instrucciones sobre el manejo y tratamientos de los pacientes.

Finalmente, frente a la existencia de un horario, manifestó el *a quo* que, si bien en este caso había sido aceptado que la actora debía asistir a las terapias de 7am a 7 pm, lo cierto era que ello por sí sólo no tenía la virtualidad de transformar la naturaleza de la relación civil a laboral, por lo que era necesario analizar los medios de prueba en conjunto y la actividad desarrollada, los cuales, en este caso, permitían confirmar que no se presentó un contrato de trabajo.

Por lo expuesto, sostuvo que lo procedente era denegar las pretensiones de la demanda y absolver a la entidad demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, a efectos de que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que, contrario a lo determinado por el *a quo*, en este caso se encontraban acreditados los elementos esenciales del contrato de trabajo, pues de las pruebas obrantes en el expediente era claro que la actora se encontraba subordinada por parte de «*su jefe Ximena*» y que cumplía un horario de 7pm a 7 am, con una contraprestación conforme los elementos de prueba; que el hecho de que se dieran cambios de turnos en el área de salud no era indicativo de la inexistencia de subordinación.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el recurso de alzada corresponde a esta Sala decisión establecer si se encuentra acreditada la existencia de una relación laboral entre la parte actora y la demandada acorde con las pruebas obrantes en el plenario y en caso afirmativo, si hay lugar a condenar al pago de acreencias laborales, aportes a seguridad social, indemnización por despido sin justa causa y sanción por no pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Claudia Pérez González y la Sociedad de Servicios Médicos Domiciliarios Asistirte S.A.S. concertaron contratos de prestación de servicios profesionales, correspondientes a los siguientes: No. 349 que inició el 22 de junio de 2017, y finalizó el 21 de diciembre del mismo año; No. 408 que inició el 22 de diciembre de 2017, y finalizó el 21 de junio del 2018; No. 538 que inició el 22 de junio de 2018, y terminó el 21 de enero de 2019, y el No. 678 que inició el 22 de enero de 2019 y terminó el 21 de julio del mismo año (f° 17-28 expediente físico); *ii)* que la función a desempeñar era la de terapeuta respiratoria (f° 17-28 expediente físico); y *iii)* que durante la vigencia de la relación contractual la actora prestó el servicio de terapia respiratoria a los pacientes designados por la Sociedad de Servicios Médicos Domiciliarios Asistirte S.A.S.

EXISTENCIA DEL CONTRATO LABORAL

El artículo 24 del CST establece que *«se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*. Así pues, le basta al trabajador probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para que opere la presunción de que dicha relación estuvo gobernada por un contrato laboral y, en tal sentido, le corresponde llamado a juicio como presunto empleador desvirtuar su existencia, tal y como de manera reiterada lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL, 1.º jul. 2009, rad. 30437, CSJ SL, 5 ag. 2009, rad. 36549, CSJ SL, 13 abr. 2010, rad. 34223, CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, CSJ SL6621-2017, CSJ SL2536-2018, CSJ SL1166-2018, CSJ SL460-2021, entre otras).

Visto lo anterior, se tiene que en el presente caso la demandante fue contratada por la Sociedad de Servicios Médicos Domiciliarios Asistirte S.A. para ejercer como Terapeuta Respiratoria y brindar sus servicios a los pacientes designados por la demandada en los lugares igualmente previstos por ella. En efecto, es viable establecer que la prestación humana desplegada por la actora se encuentra enmarcada en la presunción establecida en la disposición precitada.

Cabe precisar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y las relaciones de orden civil o comercial corresponde a la subordinación jurídica existente entre el contratista (trabajador) y el contratante (empleador); de ahí que, acreditada la prestación del servicio y la remuneración (elementos que pueden ser comunes en relaciones laborales, civil y comerciales), corresponda en este caso al contratante desvirtuar tal subordinación, como lo ha tenido por sentado la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria. Al respecto en sentencia CSJ SL1439-2021 sobre tal elemento determinó lo siguiente:

A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

*De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, **el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.*** (Negrilla fuera del texto original).

Adicional a lo expuesto, tampoco puede perderse de vista que el estudio de la existencia de relaciones de trabajo en el marco del ejercicio de profesiones liberales exige un examen acucioso sobre el elemento de subordinación, como quiera que, dada la experticia y cualificación del servicio prestado, el profesional puede contar con grados de autonomía o independencia, sin que ello implique per se la desaparición de elemento de subordinación. Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL1439-2021 estimó:

Los trabajadores cualificados, como los de las profesiones liberales, gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo -para eso se les contrata-. Respecto de ellos la subordinación no se expresa como frente a los obreros de las fábricas o los trabajadores no cualificados, pues poseen una relativa libertad de trabajo. La doctrina ha señalado que en estos casos «el poder de dirección no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan sólo [sic] en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de

la prestación». Por consiguiente, la subordinación en las profesiones liberales recibe una respuesta adecuada a partir del criterio de la integración en un servicio organizado, que implica la dirección, no tanto del contenido de las prestaciones, sino de las condiciones de su ejecución (intuitu personae, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministradas por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo). (Negrillas fuera del texto original).

De otra parte, resulta relevante tener en cuenta que conforme lo ha previsto esa misma Corporación (CSJ SL 17496-2016 y SL663-2018), en los contratos de prestación de servicios puede presentarse una subordinación técnica consistente en el suministro de instrucciones y la entrega de implementos para garantizar el cumplimiento de estándares de calidad y una adecuada prestación del servicio, conforme se sostuvo en sentencia CSJ SL663-2018:

Al respecto, es de recordar que si bien en el contrato de prestación de servicios no existe subordinación jurídica, sí es dable que en algunas ocasiones se configure una especie de subordinación técnica, es decir, que el contratista puede recibir del contratante, instrumentos o instrucciones fundamentales para el desarrollo de su labor a fin de cumplir con estándares obligatorios.

Lo dicho, tiene relevancia si se tiene en cuenta que aunque el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no significa que en este tipo de contratación esté vedada la generación de instrucciones, pues es viable que en función de una adecuada coordinación (...) se puedan solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. (Negrillas fuera del texto original).

Igualmente, en sentencia CSJ SL454-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estimó:

Con todo, resulta oportuno destacar, que la Sala ha sostenido, que no todo tipo de requerimientos, exigencia de informes, presentación de datos o información, incluso, adecuación a una jornada específica para desarrollar la labor contratada, por ese sólo hecho y de forma automática, se configura el contrato de trabajo, puesto que otras formas de contratación, se pueden valer de esos instrumentos con el fin de alcanzar los objetivos proyectados, acorde con las necesidades del contratante; de manera que esa supervisión, vigilancia, control o cumplimiento de un horario, deben ser de tal entidad, que analizados en conjunto, no den cabida alguna a la autonomía e independencia del contratista en la ejecución de la labor,

para derivar de ese desarrollo un verdadero contrato de trabajo. (Subrayado y negrillas por fuera del texto original).

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar las condiciones de la ejecución de la relación existente entre las partes, a efectos de establecer si la demandante se encontraba bajo subordinación de la demandada y, si en tal sentido, habría lugar a declarar la existencia del contrato de trabajo, a saber:

✓ **Interrogatorios de parte**

Se practicó el interrogatorio de parte a la señora **Claudia Pérez González** quien manifestó que durante la relación contractual con la demandada ocupó el cargo de terapeuta respiratoria; que sus funciones consistían en:

“[...]llegar al domicilio del paciente tanto en Fusa, como en la ciudad de Bogotá en el barrio a las 7 de la noche hasta las 7 de la mañana, horario en el cual yo lo tenía que estipular por vía WhatsApp o llamada telefónica como dijo el doctor Murillo, entraba al sitio de trabajo, tomar signos vitales del paciente, hablar con los familiares del paciente y reportarle a la jefe Ximena el estado del paciente con signos vitales, después, si ya el familiar me daba el aval, empezar a administrar equipos médicos y lo que es ventilador mecánico, todos los sistemas de terapia respiratoria para entrar a hacerle la terapia al paciente, de acuerdo a esto, ya la jefe Ximena entrabamos a la fase de sueño del paciente, que es conectarlo a una ventilación mecánica por medio de una traqueotomía, en donde yo le mandaba los registros vía WhatsApp cada dos horas de cómo estaba el paciente, de sus signos vitales y de los parámetros ventilatorios, y lo mismo a la salida a las 7 de la mañana reportarle a la jefe Ximena vía WhatsApp como consta en el proceso a la hora que salía y como quedaba el paciente, esas eran mis funciones”.

Igualmente, refirió que cumplía un horario de 7 pm a 7 am; que nunca «dejó botado un turno»; que recibía órdenes de la señora Jimena Rubiano, del señor Ryan Murillo y de los familiares de los pacientes a través de mensajes de WhatsApp o vía telefónica, consistentes en:

[...] llegar al domicilio, hacerle la terapia, si había unos casos en que el paciente estaba hospitalizado en el hospital de La Policía entonces nos teníamos que trasladar al hospital de la policía y realizar nuestro turno, otras órdenes eran realizar ciertos tipos de biomédicos, utilizar y realizar cierto tipo de higiene terapia, son funciones o son órdenes de funciones dentro del mismo turno del proceso de terapia, donde un niño tiene que

estarse acostando a las 10 de la noche, levantarse a las 5, son ordenes dentro del proceso de terapia respiratoria [...]

Respecto de la programación de los turnos y disponibilidad, refirió que mensualmente los señores Jimena Rubiano y Ryan Murillo los programaban con independencia de si los terapeutas tuviesen disponibilidad en las ciudades de Bogotá o Fusa; no obstante, respecto de una puntal pregunta que realizó el juez sobre si le consultaban la disponibilidad la actora manifestó «**sí efectivamente nos consultaban disponibilidad** [...]» (negrilla fuera del texto original).

Asimismo, ante un interrogante efectuado por el Juez con relación a la forma de proceder en el evento en que no pudiese asistir a uno de los turnos, la actora precisó que podía ser reemplazada por una de sus compañeras sin autorización del personal de la sociedad demandada y que, en el evento de no ser posible el reemplazo, los señores Jimena Rubiano y Ryan Murillo entraban a solucionar el asunto, a saber: «**Si, si nuestras compañeras estaban en disposición si, si no ya entraba el Dr Ryan o la jefe Jimena a programar esa, a cubrir ese turno**» (Negrilla fuera del texto original).

Igualmente, se practicó interrogatorio de parte **al representante legal de Sociedad de Servicios Médicos Domiciliarios Asistirte S.A.S.**, señor Ryan Murillo Sandoval, quien manifestó que la demandante era contratista y prestaba sus servicios como terapeuta respiratoria en horas de la noche; que se le fijaban turnos mensuales con base en los días que la demandante indicaba que tenía disponibilidad; que la actora debía realizar un reporte o evolución en la historia clínica del paciente; en lo tocante a los pagos señaló que estos se pagaban «[...] según las opciones de turno que ellas aceptaban, los pagos son, depende de los turnos que ella aceptara y realizara libremente, la prestación era opcional o pues no hacían turnos, simplemente notificaban que no hacían turnos y pues no iban al turno como pasó varias veces».

Asimismo, refirió que la señora Jimena Rubiano era la encargada de supervisar que se prestaran los servicios contratados; que las terapeutas realizaban notas de evolución del paciente vía WhatsApp, por correo electrónico o vía telefónica y que el contrato con la demandante se finalizó debido a que ésta de manera unilateral y sin dar

aviso de ningún tipo dejó de asistir a los turnos, por lo que se le envió una carta indicándole que no continuarían con el contrato.

✓ **Documentales**

Obran en el expediente **copias de los contratos de prestación de servicios suscritos** entre la señora Claudia Pérez González y Asistirte S.A.S., así;

No. Contrato	Fecha Inicial	Fecha Final	Folio
349	22 - junio– 2017	21 – diciembre – 2017	17, 172, 189
408	22 – diciembre - 2017	21 – junio - 2018	20, 175, 191
538	22- junio - 2018	21 – enero - 2019	23
678	22 – enero - 2019	21 – julio - 2019	26, 177, 194

En la aludida documental se estableció entre las partes intervinientes;

PRIMERA: OBJETO: Como consecuencia de oferta escrita presentada por el CONTRATISTA al CONTRATANTE, este último solicita los servicios **CLAUDIA PÉREZ GONZALEZ** del (a) LA CONTRATISTA, para que desempeñe y ejecute las actividades propias de la actividad ejercida por el (La) CONTRATISTA, discriminadas en la oferta y que se relacionan en anexos a este contrato, las cuales desarrollará LA CONTRATISTA de manera personal cumpliendo para el efecto las normas ISO propias de la actividad profesional, las normas de acreditación en salud, normas de manejo y atención a pacientes y de calidad de la sociedad CONTRATANTE, debidamente informadas por este último a la CONTRATISTA, quien manifiesta las conoce y acepta. EL (LA) CONTRATISTA manifiesta que cuenta con la experiencia y conocimientos técnicos y profesionales requeridos para la correcta ejecución del presente contrato, todo lo cual pondrá a disposición de la persona que sea beneficiaria de su actividad personal.

A renglón seguido se señaló que:

EL CONTRATISTA se obliga a: 1º) Prestar sus servicios personales de acuerdo con las normas propias profesión, oficio o actividad y realizar todos los trabajos conducentes para el éxito de la gestión encomendada; EL CONTRATISTA, conservando su autonomía e iniciativa en las gestiones profesionales o actividades encomendadas, respetara las normas y reglamentos de EL CONTRATANTE (...) 14º)

Mantener permanente comunicación con el CONTRATANTE a fin de garantizar el cumplimiento de las actuaciones que se adelanten(...)"

Asimismo, militan en el expediente copias de las **conversaciones sostenidas vía WhatsApp** entre la demandante, las terapeutas y la señora Jimena Rubiano identificada como «*Ximena Jefe*» (f°64-88 expediente físico), durante el período comprendido entre el 23 de febrero de 2019, y el 10 de julio del mismo año, documentos que fuera allegados por la actora, de las cuales resulta importante extraer los siguientes apartes:

[...]

6/03/19, 6:45 a.m. -claudiapereznorte: *Paciente pasa buena noche sin complicaciones ocluido a 1 lts saturado 98%*

6/03/19, 6:46 a.m. -claudiapereznorte: *No se cambia parámetros*

6/03/19, 6:45 a.m. - Ximena Jefe: **gracias Dra** (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

[...]

25/03/19, 6:52 a.m. -claudiapereznorte: *Paciente pasa buena noche sin complicaciones solo cambia hiladillo y gasaa*

25/03/19, 6:52 a.m. -claudiapereznorte: *Ventilador funcionó bien anoche aunque con un ruido suave diferente al normal*

25/03/19, 6:53 a.m. -claudiapereznorte: *Se limpian muebles se deja ocluido al 0.5 Lts sat96%*

25/03/19, 7:01 a.m. -claudiapereznorte: *Queda en compañía de papá*

25/03/19, 7:01 a.m. -claudiapereznorte: *Buen día*

25/03/19, 7:15 a.m. – Doctor Murillo: **Mil Gracias** (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

25/03/19, 7:48 a.m. – -claudiapereznort: *Ok Dr.*

25/03/19, 9:02 a.m. – Ximena Jefe: **gracias Dra** (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

[...]

26/03/19, 2:55 p.m. -Ximena Jefe: **Dras. Me regalan al correo la. (sic) disponibilidad que tienen para este mes de abril.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

[...]

10/07/19, 10:31 a.m. – claudiapereznorte: [...] *Y también te comento que tengo incapacidad médica por 7 días entonces no puedo hacer los turnos que me tenían para este mes mientras cumple la culminación de mi contrato muchas gracias*

10/07/19, 10:31 a.m. – claudiapereznorte: *Más tarde te envío al correo la incapacidad y la historia clínica.*

10/07/19, 10:35 a.m.- Ximena Jefe: [...] Igualmente Dra. Esperámos (sic) que se recupere pronto(Negrilla y subrayado fuera del texto original)

10/07/19, 10:35 a.m.- Ximena Jefe: Dra. Mil gracias por su gran colaboración. Y sus grandes aportes. Diso (sic) la llene de salud, bendiciones y sabiduría. Gracias por todo. (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

[...]

Asimismo, se hallan en plenario **cronogramas de distribución de turnos**, aportados tanto por la parte demandante (f°39 a 63 expediente físico), como por la parte demandada (f°218-226 expediente físico), en los que se puede observar que a la actora le eran asignados un mínimo de siete y un máximo de catorce turnos en el mes, programándose en su mayoría diez turnos mensuales, a modo de ejemplo:

- **Cronograma junio 2018 (f°220)**

CRONOGRAMA MES DE JUNIO 2018 JOHAN BARRERO																																
	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M		
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30		
CLAUDIA PEREZ	N		N				N		N				N		N						N		N				N					
ANGIE RESTREPO		N		N		N					N						N	N							N			N		N		
DANNA SABOGAL					N			N		N		N		N		N		N		N		N		N		N		N				

- **Cronograma agosto 2018 (f°221)**

CRONOGRAMA MES DE AGOSTO 2018 JOHAN BARRERO																																
	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	
CLAUDIA PEREZ				N		N		N		N		N			N		N				N					N		N				
ANGIE RESTREPO		N			N				N			N		N		N		N		N				N						N		
DANNA SABOGAL	N		N				N				N		N						N				N		N		N		N		N	

- **Cronograma noviembre 2018 (f°223)**

CRONOGRAMA MES DE NOVIEMBRE 2018 JOHAN BARRERO																																
	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V	S	D	L	M	M	J	V		
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30		
CLAUDIA PEREZ		N		N											N							N				N		N		N		
ANGIE RESTREPO					N	N		N		N	N		N		N		N		N		N		N		N							
DANNA SABOGAL	N		N				N		N		N		N			N		N		N		N		N		N		N				

Obran también en el expediente, las **cuentas de cobro** presentadas por la actora a la sociedad demandada aportadas por ambas partes (f33-38 y 274- 279 expediente físico), por medio de las cuales se le requería a la sociedad el pago de las sesiones de terapia realizadas. Se precisa que el valor de cada cuenta variaba (mínimo \$510.000 máximo \$4.320.000) dependiendo en la cantidad de turnos cubiertos por la actora.

Se encuentran en el expediente a su vez copias de formatos de **«monitoreo ventilatorio en domicilio»** (f°91-120 expediente físico), en la actora dejaba registrados los datos de seguimiento y control sobre cada paciente.

Finalmente milita **declaración juramentada** realizada por la señora Olga María Valero Moreno, rendida el 12 de octubre de 2019, ante la Notaría 59 del Círculo de Bogotá (f°121 expediente físico), en la que tal señora refirió que conocía a la demandante desde hacía dos años, que habían sido compañeras de trabajo en IPS Asistirte, que realizaban turnos de 12 horas en la noche y que debían tener disponibilidad completa para la empresa.

Visto lo anterior y analizadas en detalle las pruebas obrantes en el plenario, considera esta Sala que de conformidad con lo estimado por el *a quo*, en el caso que nos ocupa no concurre el elemento de subordinación propio de un contrato laboral que permita darle tal connotación a la relación existente entre la demandante y la sociedad Asistirte S.A.S.

Y se dice lo anterior, por cuanto tanto del interrogatorio de parte rendido por la demandante, así como de las conversaciones en WhatsApp que se aportaron por la misma actora, se desprende con claridad que ella tenía plena autonomía en la programación o fijación de sus días disponibles para atender los turnos asignados por la sociedad convocada y con base en ello, esta última creaba los cronogramas de servicios, pues nótese que al contestar una pregunta que sobre el particular realizó el *a quo* la actora confesó **«sí efectivamente nos consultaban disponibilidad [...]»** e igualmente se registra en las conversaciones de WhatsApp que la supervisora de la sociedad demandada les requería a las terapeutas lo siguiente: «26/03/19, 2:55 p.m. -

Ximena Jefe: Dras. Me regalan al correo la. disponibilidad que tienen para este mes de abril.»

Asimismo, del interrogatorio de la demandante también se extrae la confesión (artículo 191 CGP), frente a que ella tenía la posibilidad de coordinar un reemplazo para su turno con sus mismas compañeras, sin requerir autorización por parte del personal de la demandada y precisando además que, en el evento de no obtener el reemplazo, bastaba con informarle a la coordinadora a efectos de que hicieran frente a la situación, sin que se observe que tal inasistencia diera lugar a una sanción o llamado de atención por parte de la convocada.

En este orden, a criterio de esta Sala, las facultades con las que contaba la actora, descritas en los párrafos anteriores no son propias de un contrato de trabajo, pues en este tipo de relaciones el empleado no tiene autonomía para determinar los días o turnos de asistencia, el cumplimiento de su jornada de trabajo y mucho menos para designar a una tercera persona a efectos de que realice las funciones para las cuales fue contratado sin aquiescencia de su empleador.

Tampoco puede pasarse inadvertido que en las conversaciones por WhatsApp aportadas por la misma actora no se avizora ninguna orden impartida por el señor Ryan Murillo, ni por la señora Jimena Rubiano; de hecho lo que la demandante califica como actos de subordinación relacionados con el reporte de su ingreso, a juicio de esta Sala corresponden realmente a información necesaria para el seguimiento de los cuadros clínicos del paciente que son propios del conocimiento de ella como profesional de la salud y no a actos encaminados a tener un control sobre la actividad desarrollada, más allá de la simple verificación de la asistencia de la actora en cumplimiento del contrato de prestación de servicios por ella celebrado.

Aunado a lo expuesto, es pertinente resaltar que de la documental consistente en los cronogramas de turnos (f°39 - 63 y 218-226 expediente físico), se colige que la entidad demandada le designaba entre siete y quince turnos mensuales a la actora y, contrario a lo afirmado en la demanda, no se requería de su asistencia diaria como

tampoco de su disponibilidad permanente; incluso dada la periodicidad de los turnos, estima esta Corporación que la actora tenía la posibilidad de ejecutar una actividad adicional, pues no solo no se exigía su comparecencia continua sino que además, como se expuso, se le permitía determinar en qué días podría ejercer la labor.

Ahora bien, no desconoce esta Corporación que en ejecución de las labores encomendadas, la convocada le suministró a la actora los equipos y elementos necesarios para que fuera prestado el servicio al igual que fijó horarios para los turnos designados; sin embargo, como se expuso en la jurisprudencia precitada (CSJ SL17496-2016 y CSJ SL663-2018), estas circunstancias o particularidades pueden presentarse en el marco de una relación de prestación de servicios cuando, por ejemplo, se requiere el cumplimiento de estándares específicos, cuestión que ocurre en el caso que nos ocupa por tratarse de servicios de salud que exigen unas medidas de higiene y protocolos en pro de los pacientes. Asimismo, respecto de las planillas que se aportan como prueba se observa que realmente correspondían al registro de los datos mínimos de los pacientes, mas no un control de asistencia o de llegada o salida de la médico que desempeñaba su labor.

Bajo este horizonte, estima esta Corporación que la parte convocada a juicio logró desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24 del CST, esto es la subordinación aludida desde el escrito introductorio, pues como se dijo en precedencia, de los medios de prueba se desprende que la actora contaba con la autonomía propia de la vinculación civil, por cuanto tenía libertad para fijar su disponibilidad en los turnos a efectos de atender la labor encomendada, sumado a que su tarea no era de carácter permanente y además, podía encomendar su ejecución a una tercera persona sin aquiescencia de los supervisores de la demanda, situaciones estas que no son propias de la naturaleza de un contrato de trabajo.

Ahora bien, advierte esta Sala que la parte actora, al presentar sus alegaciones de conclusión de segunda instancia, pretende incorporar documentos contentivos de presuntas conversaciones por WhatsApp con el que busca acreditar la existencia de subordinación. Al respecto, considera esta Corporación que no es procedente tener en

cuenta el contenido de tales escritos, como quiera que los mismos no fueron allegados en los momentos procesales oportunos que para el caso lo eran con la demanda o su reforma y, mucho menos, podría decretarse como prueba en segunda instancia, dado que no se dan los presupuestos previstos en el artículo 83 del CPTSS, modificado por el 41 de la Ley 712 de 2001, esto es, que en la primera instancia, y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar; contrario a ello, lo que aquí se evidencia es una inactividad de la promotora del litigio en allegar en las oportunidades que la ley prevé, los medios de convicción necesarios para acreditar los supuestos de hecho alegados en su escrito inicial, etapas que sin duda alguno son preclusivas; por lo tanto, resulta del todo extemporánea la arrimada a estas alturas del proceso, de tal suerte, que por mandato del artículo 60 del CPTSS, en donde se establece que «*el juez al proferir su decisión, analizará todas las pruebas **allegadas a tiempo***», no puede la Sala entrar a valorar dicho elemento de juicio.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sala, en la sentencia CSJ SL170-2021, precisó:

*[...] la jurisprudencia de la Sala ha sostenido invariablemente sobre la validez de las pruebas, en el sentido que, de conformidad con lo previsto en el art. 60 del CPT y de la SS, **los jueces al proferir la decisión deben analizar solo aquellas que fueron regular y oportunamente allegadas al proceso, esto es, aquellas presentadas: i) con la demanda inicial o su contestación; ii) con la reforma a la demanda o su contestación, o; iii) en el transcurso del proceso, cuando no se tengan en su poder, antes de la decisión que ponga fin a la instancia, siempre que hubieran sido solicitadas y decretadas como prueba.*** (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Por las razones expuestas, habrá de conformarse la decisión de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no prosperó, de conformidad con lo señalado en el numeral 1 del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el 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 decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 21 de septiembre de 2021, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.

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

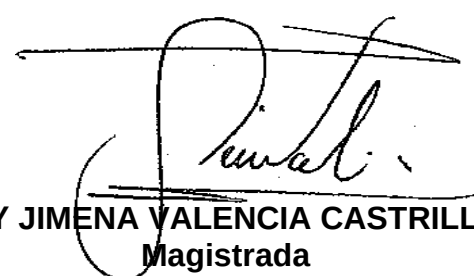
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(*Salva Voto*)



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante en la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105033201800381-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ADALIA GARCÍA GIRALDO
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veintinueve (29) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ADALIA GARCÍA GIRALDO** se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge Samuel Arias Pavas en un 100%, a los intereses moratorios, ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-4 exp. físico), señaló que contrajo matrimonio con el señor Samuel Arias Pavas el 04 de junio de 1990; que desde entonces convivieron en forma singular, estable y permanente bajo el mismo techo hasta el 29 de septiembre de 2016, fecha en que su cónyuge falleció a causa de una falla cardiaca; que establecieron como domicilio una casa propia en el barrio Granjas de

Bogotá; que en 21 de enero de 1999, el causante y su grupo familiar a través de escritura pública 155 de la Notaría 51 de Bogotá, hicieron constar las mejoras efectuadas a su vivienda, a efectos de legalizar el subsidio entregado por la Caja de compensación Familiar Compensar; que la pareja Arias-García se presentaba ante propios y extraños como marido y mujer; que de esa unión procrearon dos hijos, ambos mayores de edad; que el *de cujus* con anterioridad al matrimonio con la demandante tuvo cuatro hijos.

Narró que, se dedicaba a las labores del hogar y dependía económicamente de su cónyuge; que ella era beneficiaria en el sistema de salud del causante, que a su residencia llegaban todos los documentos del fallecido, tales como extractos bancarios, estados de crédito y recibos, que en familia recibieron el año nuevo 2015, celebraron el cumpleaños de ella en el año 2015, y el de él en 2016; que además de las distintas reuniones familiares como cumpleaños, fin de año, día de las madres y del padre; que ella y sus dos hijos estaban inscritos por el *de cujus* en el seguro de vida de la aseguradora Mapfre Colombia Vida; que ella acompañó y cuidó al señor Arias Pavas en la única hospitalización que tuvo en la Clínica Corpas por 5 días.

Expuso que, el señor Arias Pavas al momento de su fallecimiento laboraba en la empresa SDS como instalador de alarmas de cajeros automáticos y su muerte se dio en un bus intermunicipal ruta Bogotá-Tunja; que los gastos funerarios fueron cubiertos por un hijo en común; que el causante se encontraba afiliado en pensiones a la AFP Protección S.A., entidad ante la cual el día 5 de diciembre de 2016, radicó la solicitud de pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge, pero que la misma fue negada mediante comunicación del 09 de mayo de 2017, decisión contra la que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación; que Protección el 12 de septiembre de 2017, le informó que la prestación la había solicitado otra beneficiaria con igual o mejor derecho que ella, de nombre Sandra Milena Sabogal Aranda.

Refirió que, el 06 de julio de 2017, solicitó ante la AFP Protección nuevamente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge fallecido, pero esa entidad mediante comunicado del 12 de septiembre de igual año confirmó que existía otra beneficiaria, porque esa discusión debía llevarse ante la justicia ordinaria a fin de determinar cuál de las dos cumplía con los requisitos para ser beneficiaria del fallecido.

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 27 de septiembre de 2018, admitió la presente demanda en contra de la AFP Protección S.A., y ordenó vincular a Sandra Milena Sabogal Aranda en calidad de interviniente ad excludendum.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La AFP Protección S.A., contestó la demanda (f.º 171-176 exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que el señor Arias Pavas era afiliado a esa entidad; que la demandante presentó solicitud de pensión de sobrevivientes, la cual se negó porque había otra beneficiaria pretendiendo la mismo; frente a los demás, manifestó que no le constaban por ser ajenos a esa entidad, o que no eran ciertos. Aclaró que, en ese asunto se presentaba un conflicto entre beneficiarias que debía ser resuelto por la jurisdicción ordinaria.

Formuló como excepciones de mérito, las de personas con igual o mejor derecho al de la demandante, buena fe y la genérica.

La vinculada Sandra Milena Sabogal Aranda, contestó la demanda (f.º 265-272 exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda por considerar que tiene igual o mejor derecho en calidad de compañera permanente. En cuanto a los hechos NO aceptó ninguno, dijo a unos que no le constaban y a otros que no eran ciertos. Aclaró que conoció al señor Arias Pavas el 7 de agosto de 2010, y el 30 de igual calenda decidieron convivir bajo un mismo techo; que dicho señor falleció el 29 de septiembre de 2016, de un infarto, cuando iba para Tunja a verse con ella «*por un trabajo que tenía en el cajero de la Clínica Medilaser*»; que el causante nunca le dijo que tenía esposa; que ella si sabía que él tenía hijos, a los cuales visitaba, que él le había contado que se había separado de la señora Adalia García hacia más de 15 años, porque ella se aburrió del trabajo de él, y que él no quería que sus hijos se enteraran de la relación porque podían agredirla o tratarla mal.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., en virtud de la Circular DESAJBOC21-41 del 16 de septiembre de 2021, quien mediante sentencia del 21 de octubre de 2021 (f.º 293-296 exp físico), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que a las señoras ADALIA GARCÍA GIRALDO y SANDRA MILENA SABOGAL ARANDA, les asiste el derecho a que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes del causante SAMUEL ARIAS PAVAS.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a reconocer y pagar a la demandante ADALIA GARCÍA GIRALDO y a la interviniente ad excludendum SANDRA MILENA SABOGAL ARANDA la pensión de sobrevivientes del causante SAMUEL ARIAS PAVAS a partir del 29 de septiembre de 2016, por 13 mesadas anuales y en los siguientes porcentajes:

- ADALIA GARCÍA GIRALDO: 81.25% del total de la mesada.*
- SANDRA MILENA SABOGAL ARANDA: 18.75% del total de la mesada*

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a pagar a la demandante ADALIA GARCÍA GIRALDO y a la interviniente ad excludendum SANDRA MILENA SABOGAL ARANDA las sumas de cuarenta y tres millones novecientos sesenta y siete mil trescientos nueve pesos (\$43.967.309), y diez millones ciento cuarenta y seis mil trescientos un pesos (\$10.146.301), respectivamente, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 29 de septiembre de 2016 al 30 de septiembre de 2021, valores que deberán ser indexados al momento de su pago efectivo.

Se autoriza a la entidad pensional a descontar de la anterior cifra, lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud de manera proporcional.

CUARTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la AFP PROTECCIÓN S.A. denominadas “BUENA FE y PERSONAS CON IGUAL O MEJOR DERECHO QUE LA DEMANDANTE”, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

QUINTO: Sin costas en la instancia.

La a quo fijó como problema jurídico determinar si a la señora Adalia García Giraldo y/o a la señora Sandra Milena Sabogal Arana, les asistía derecho a la pensión de sobrevivientes del causante Samuel Arias Pavas.

Frente a la tacha de testigos contra la señora Amanda Patricia Arana madre de Sandra Milena Sabogal Arana, y los señores Wilmar Fernando y Wilson Andrés Arias García hijos de Adalia García Giraldo y del causante, dijo que el solo hecho del vínculo

de consanguinidad, cercanía familiar o amistad no descartaba *per se* la declaración, pues en estos casos debía revisarse el mismo con mayor rigurosidad, bajo los postulados de la sana crítica y de la buena fe presunta, además que el juez es el llamado a formar libremente su convencimiento respecto de las pruebas allegadas conforme el artículo 61 del Código Procedimiento del Trabajo y Seguridad Social; así advirtió que no se evidencia por parte de los deponentes engaño, que sobre lo interrogado ellos contestaron, por lo que consideró que no había lugar a desestimar ninguno.

Indicó que, en el plenario se encontraban probados los siguientes hechos: *i)* que el señor Samuel Arias Pavas era afiliado a la AFP Protección; *ii)* que la demandante señora García Giraldo y el señor Arias Pavas contrajeron matrimonio el 4 de junio de 1990, unión de la que se procrearon 2 hijos, quienes son mayores de edad; y *iii)* que el señor Arias Pavas Falleció el 29 de septiembre de 2016.

Sostuvo que, la norma aplicable para dirimir la controversia era la vigente para el momento del fallecimiento del afiliado señor Arias Pavas que lo fue el 29 de septiembre de 2016, siendo para el asunto los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que estos exigían para dejar causado el derecho que el afiliado fallecido hubiese cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al deceso, transcribiendo lo relativo a quienes eran los beneficiarios.

Advirtió que el señor Arias Pavas había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, porque según su historia laboral entre el 29 de septiembre de 2013, y la misma data del año 2016, cotizó al sistema pensional más de 50 semanas cumpliendo así los requisitos del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por lo que entraría a verificar cuál de las dos reclamantes era la beneficiaria de la prestación económica bajo análisis.

Empezó por la demandante señora Adalia García Giraldo, advirtiendo que esta había logrado acreditar convivencia efectiva y comunidad de vida con el causante desde la data de su matrimonio el 04 de junio de 1990, hasta su deceso el 29 de septiembre de 2016, trayendo a colación la sentencia CSJ SL1399-2018, en la que se indicó lo que se entendía por convivencia.

Afirmó que, tanto del interrogatorio de parte de la señora García Giraldo como la declaración de los testigos Pablo Fiesco Jaimes, Wilmar Fernando Arias y Jesús Epinemio Arias había quedado claro que entre la pareja García- Arias existía una comunidad de vida, pues de esas manifestaciones fluía con naturalidad una percepción real de los hechos que enmarcaban el ejercicio de la pareja estable suficiente para otorgar vigorosa fuerza probatoria, por lo menos para demostrar la ayuda y socorro mutuo, la intención de formar una vida en común sólida y con vocación de permanencia, la coparticipación de un mismo techo y mesa en un lapso requerido, elementos atados al concepto de familia.

Explicó que, la convivencia requerida se comprobaba con datos de la presencia familiar en escenario público, con el esfuerzo mancomunado de la pareja para sobrellevar cargas habituales como los créditos o solicitudes que se pudiesen haber dado por parte de la pareja para mejorar la vivienda, el afecto incomparable de 2 personas que buscan los mismos ideales, lo que se evidenciaba cuando el causante estuvo en la clínica por alguna afección de salud, donde la demandante señora Adalia, estuvo según el dicho de los testigos al pendiente de todos sus cuidados, lo que también permitía inferir la conexión de vida y socorro que solamente quienes tienen ánimo de permanencia y construcción de vida pueden mostrar, quedando demostrado el indudable apoyo efectivo, afectivo, económico y espiritual y recíproco, máxime qué, la promotora del litigio era ama de casa. Agregó que, conforme el principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 61 del CPTSS, ese despacho llegaba al entero convencimiento de la convivencia efectiva entre la señora García y el *de cujus*; en consecuencia, declarararía que esta tiene derecho a que la AFP Protección le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes a partir del 29 de septiembre de 2016, en 13 mesadas al año.

En cuanto a la reclamante Sandra Milena Sabogal Arana en calidad de compañera permanente del causante, advirtió que esta debía acreditar 5 años de convivencia con el causante en los últimos 5 años anteriores a su deceso.

Señaló que, esta también había acreditado la convivencia requerida con el *de cujus* para ser beneficiaria de su pensión de sobrevivientes, esto es, entre el año 2010 y el fallecimiento del afiliado; que esta se encontró demostrada con el interrogatorio de

parte de la vinculada señora Sabogal y su madre quien fue su testigo, quienes habían manifestado que en efecto Sandra Milena era la compañera permanente del señor Arias Pavas; que ella lo acompañaba en los viajes, y a trabajar; que su madre sabía de la relación; que el causante le había informado que era separado, condición que también informó la testigo, quien realizó incluso negocios con él -allegó documento promesa de compraventa inmueble-, lo que según la a quo le daba veracidad a su dicho. Explicó que, se evidenciaba la intención de la pareja Sabogal – Arias al comprar un terreno juntos; que el causante se iba y volvía cada 8 y 15 días, que él le giraba dinero por Efecty a la madre de su compañera permanente para lo que esta necesitara, por lo que concluyó que le daría credibilidad a esas declaraciones, por cuanto la madre de la señora Sandra Milena había allegado la documental referida en su declaración.

Expuso que, de todos los testimonios escuchados en el proceso, se podía concluir que el causante ejercía una labor que le permitía viajar y tener una relación con la señora Sandra, con quien también tenía una comunidad de vida y una convivencia efectiva, en consecuencia, a la interviniente Sandra Milena Sabogal Arana le asistía derecho a que la AFP PROTECCIÓN le reconozca y pague una pensión de sobrevivientes a partir del 29 de septiembre de 2016, en 13 mesadas al año.

Indicó que, la distribución de la mesada pensional sería conforme al tiempo de convivencia de cada una de las reclamantes con el causante; que para el caso de la cónyuge lo fue por 26 años aproximadamente, y con la compañera permanente 6 años aproximadamente, correspondiéndole a la primera el 81.25% y a la segunda el 18.75%. y determinó que la cuantía de la prestación sería de \$741.326 para el año 2016.

Finalmente, frente a los intereses moratorios afirmó que eran improcedentes, porque la prestación había sido puesta en suspenso mientras la jurisdicción ordinaria decidía el asunto, en ese sentido no podía endilgársele mora a la AFP Protección, y en subsidio condenó a la indexación de las condenas impuestas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que la señora Sandra Milena no acreditó igual o superior derecho a la señora García Giraldo, pues la presunta convivencia entre la señora Sandra y el causante no pudo acreditarse ni con el interrogatorio de parte de esta ni con el testimonio de su madre, pues pese a que los documentos requeridos por el a quo se allegaron, de ello no se extrae que entre las personas en mención hubiese existido una convivencia, pues lo único que acreditaba era el negocio jurídico entre Amanda y el *de cujus*, promesa de compraventa del inmueble que por demás se había suscrito en el año 2016.

Afirmó que, lo declarado por la señora Sandra en el interrogatorio de parte no se acreditó de ninguna forma, y que la ratificación de las declaraciones extraprocesales no se realizó y por tanto, esas documentales no tenían valor probatoria, aunado a que resultaba extraño que la relación de Sandra con el causante solo la conociera la Madre de ella, además el testigo Pablo Fiesco Jaimes manifestó que no conocía a Sandra y que el fallecido solo había empezado a viajar desde el año 2013, lo que desacreditaba una posible convivencia por más de 5 años con Sandra.

Consideró que, tampoco se había demostrado que el señor Arias Pavas corriera con todos los gastos del hogar con Sandra, pues las únicas pruebas aportadas fueron la versión de Sandra y de su madre, y las documentales allegadas no demostraban convivencia alguna con el fallecido. En consecuencia, solicita se conceda el 100% de la pensión de sobrevivientes a la cónyuge señora Adalia García Giraldo.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, sustentó su recurso de apelación en que existió una errada valoración del material probatorio, pues si bien compartía la decisión de la juez en el sentido de que los testimonios de los familiares no deben ser objeto de tacha, lo cierto es que estos si deben ser valorados en mucha rigurosidad; que en el sub lite se valoraron los testimonios de Pablo Fiesco Jaimes, Wilmar Fernando Arias y Jesús Epinemio Arias, pero que a su juicio lo manifestado por Pablo no daba luces de que entre la señora García y el causante hubiese existido una convivencia en los últimos 5 años anteriores a la muerte del señor Arias Pavas; que de igual forma el señor Jesús había manifestado que solo había tenido contacto con esa pareja hasta el año 2012, y solo en festividades

navideñas, y respecto de lo indicado por Wilmar a este si le asistía un interés en beneficiar a su madre.

De otro lado, frente a la convivencia del *de cujus* con la señora Sandra Milena, expuso que la única persona que da fe de ello es la madre de ella, quien indicó en su declaración que el causante se había llevado a su hija siendo esta menor de edad; que ella había desaparecido por un mes, pero al verificarse las documentales allegadas se observaba que en el año 2011, se había realizado un dictamen de pérdida de la capacidad laboral a Sandra en donde se indica que la misma era soltera, lo que resultaba extraño ya que la presunta convivencia había iniciado el 30 de agosto de 2010.

Refirió que, si bien se aportó un documento de un negocio que realizó la madre de Sandra con el causante, este no probada la convivencia de Sandra y el fallecido, máxime que ese negocio se realizó en agosto de 2016.

Indicó que, en la investigación administrativa la demandante señora Adalia había manifestado que el señor Arias Pavas era pensionado desde julio de 2016, situación que Protección no desconoció, y por la cual hizo mucho énfasis en que debía acreditarse una convivencia efectiva en los últimos 5 años de vida del pensionado; que al ser pensionado por garantía mínima, el valor de la prestación aquí reconocida debía ser ese mismo, esto es, un SMMLV.

De otro lado este despacho el 31 de agosto de 2023, acorde con las facultades previstas en el artículo 83 del CPTSS, oficiosamente se solicitó a la AFP Protección con el fin de que allegara al proceso: *i)* el documento donde se reconoció pensión al señor Samuel Arias Pavas; y *ii)* Certificación de lo pagado al señor Samuel Arias Pavas, por concepto de mesada pensional y desde cuando se viene pagando esta. Pruebas que fueron aportadas el 08 de agosto de 2023, y de las cuales se le corrió traslado a las partes de conformidad con el artículo 110 del CGP.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante y la AFP Protección S.A.

Preliminarmente, debe indicar la Sala que, conforme la prueba decretada en esta instancia, y allegada por parte de la AFP Protección S.A. es un hecho indiscutido que el causante desde el mes de mayo de 2016, ostentaba el status de pensionado por vejez de garantía de pensión mínima, por lo que surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Samuel Arias Pavas falleció el 29 de septiembre de 2016; *ii)* que la AFP Protección desde el mes de mayo de 2016, le había reconocido una pensión de vejez por garantía de pensión mínima, la que se estaba pagando al momento de su deceso; *iii)* que contrajo matrimonio con la señora Adalia García Giraldo el 4 de junio de 1990, unión de la que se procrearon 2 hijos los cuales nacieron ambos el 21 de mayo de 1991; y *iv)* que a la AFP Protección se presentaron a reclamar la pensión de sobrevivientes del causante su cónyuge la señora Adalia García Giraldo y la señora Sandra Milena Sabogal Aranda, en calidad de compañera permanente, prestación que negó a ambas, dejándola en suspenso hasta que la justicia ordinaria decidiera quien era la beneficiaria de la misma.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a establecer si la cónyuge supérstite y la señora Sandra Milena Sabogal Aranda quien se presenta como compañera permanente del causante, acreditaron los requisitos para ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes del causante.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por referir que tratándose de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto, tuvo ocurrencia el 29 de septiembre de 2016, es así como, bajo tal entendido la

disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Negrilla fuera del texto original)

(...)

DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, respecto de la cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, señaló:

ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado condicionalmente exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya

sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

(...)

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que *«además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido»*.

Respecto de los requisitos exigidos a la **cónyuge o compañera permanente** la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que, en tratándose de fallecimiento de un pensionado, estas deben acreditar además de dicha calidad, una convivencia real y efectiva con el pensionado de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos, para la cónyuge supérstite en cualquier tiempo y para la compañera permanente inmediatamente previos al deceso del causante.

Así se dejó plasmado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL913-2023, en la que se indicó:

(...) y el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 es la norma aplicable al caso y, tratándose de muerte de pensionado, exige un tiempo mínimo de convivencia de cinco años, antes del fallecimiento, para la compañera permanente, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia CSJ SL1399-2018, entre otras.

Resulta pertinente recordar que, la convivencia real y efectiva que se debe probar corresponde a una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de la pareja, compartir todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, brindarse respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, asuntos propios de una vida en pareja con vocación de permanencia (Sentencia CSJ SL1399-2018).

Así mismo que, cuando el afiliado fallecido tenga dos o más beneficiarios, cónyuge y un(a) o más compañeros(as) permanentes, la prestación ha de reconocerse de forma

proporcional al lapso de convivencia de cada una con él o ella (Sentencia CSJ SL2893-2021).

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si tanto la cónyuge como la compañera permanente del causante, acreditaron el requisito de la convivencia, con el causante para ser beneficiarias de su pensión de sobrevivientes, así:

CÓNYUGE- SEÑORA ADALIA GARCÍA GIRALDO.

De las pruebas arrimadas al proceso, se tiene que el causante contrajo matrimonio católico con la señora Adalia García Giraldo el 04 de junio de 1990, unión de la que procrearon dos hijos, Wilson Andrés y Wilmar Fernando Arias García los cuales nacieron el 21 de mayo de 1991; que como pareja la Caja de Compensación Familiar Compensar en noviembre de 1998 le otorgó subsidio familiar de vivienda de interés social, el cual formalizaron mediante Escritura Pública 155 del 21 de enero de 1999 de la Notaría 51 de Santa Fe de Bogotá, sobre el inmueble ubicado en la Carrera 16# 33-53 Sur de Bogotá; que el señor Arias Pavas en la póliza de seguro de vida de Suramericana dejó como beneficiarios a su cónyuge en un 50% y a cinco hijos cada uno en un 10%, llamando la atención que el lugar de residencia allí registrado fue la Carrera 16# 33-53, **misma dirección** que aparece en: i) la historia laboral del causante ISS actualizada al 21 de febrero de 2012; ii) los extractos bancarios y estados de cuentas bancarias de marzo, mayo, agosto de 2012, de enero, febrero, marzo, abril, junio, noviembre diciembre de 2014, de enero, febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto, octubre, y diciembre de 2015, y de enero a septiembre de 2016; iii) en los extractos de pensión emitidos por Protección; y iv) en un seguro adquirido con Axa Colpatria el 24 de junio de 2015.

Adicionalmente, la señora García Giraldo allegó las siguientes declaraciones extraprocesales realizadas el día 27 de abril de 2017, ante la Notaría 17 del Círculo de Bogotá: i) la rendida en nombre propio, donde declaró que había convivido con su cónyuge el señor Samuel Arias Pavas en la carrera 16#33-53 Sur de Bogotá, desde que se casaron hasta el deceso de él; que de esa unión procrearon dos hijos, y que el causante tenía 4 hijos extramatrimoniales; ii) la rendida por Rubiel Augusto Buitrago

Cifuentes, quien conoce a la señora García desde hacía 28 años, y le constaba que había contraído matrimonio con el *de cujus* y desde entonces convivían como pareja hasta la muerte del señor Arias Pavas el 29/09/2016; que de esa unión se procrearon dos hijos, y además el causante tenía 4 hijos extramatrimoniales; y iii) Jairo García Mora residente en la carrera 16#33-26 Sur de Bogotá quien conocía a la pareja Arias- García desde hacía 23 años, y le constaba que ellos convivieron juntos hasta el deceso del señor Arias, que de esa unión se procrearon 2 hijos, y que el *de cujus* tenía 4 hijos extramatrimoniales.

También se allegaron 15 fotografías de la pareja Arias- García compartiendo diferentes momentos de su vida, como por ejemplo cuando sus gemelos estaban en el colegio, cuando ellos prestaron servicio militar, y diferentes espacios de celebraciones departiendo con sus hijos y familiares, incluso de fecha marzo de 2016.

Por su parte la AFP Protección S.A., allegó el informe de investigación realizado dentro del trámite de pensión de sobrevivientes reclamada por la señora Adalia García Giraldo por la empresa Consultando LTDA (f.º 177-235 exp. Físico), donde se realizaron entrevistas a la cónyuge, a Wilson Andrés Arias García hijo en común de la pareja Arias- García, a la señora Flor Marina García Mora vecina desde hacía 25 años, a la señora Mercedes Perdomo de Perdomo vecina desde hacía 22 años, a la señora Diana Marcela Sánchez vecina desde hacía 18 años, al mejor amigo del fallecido señor José Jesús Hernández Rodríguez, a la señora Ruby Nancy Arias Hoyos hija extramatrimonial del *de cujus*, al señor Pablo Fiesco Jaimes amigo y compañero de trabajo del fallecido desde el año 2011, al señor Harold Joel Romero Cuervo amigo y compañero de trabajo del causante desde hacía 5 años, a la señora Anny Monroy Fajardo jefa inmediata del fallecido, y al señor David Arias Pavas hermano del *de cujus*.

De todas esas entrevistas se concluyó que: i) el señor Samuel Arias Pavas residía en la Cra 16# 33-53 de Bogotá en compañía de su esposa señora Adalia García Giraldo; ii) el causante laboraba en la empresa SDS desde el 31 de enero de 2011, hasta su muerte; y iii) el *de cujus* contrajo matrimonio católico con la señora Adalia García Giraldo el 04 de junio de 1990, data desde la que convivieron juntos de manera permanente e ininterrumpida hasta el deceso del señor Samuel, y que no tuvieron separaciones de pareja. Además, dentro de esa investigación se encontró que: i) la señora García era

beneficiaria en salud del señor Samuel desde noviembre de 1998 y hasta el 29 de septiembre de 2016, y en la Caja de Compensación Familiar Compensar desde noviembre de 2001 hasta igual data; y ii) todos los entrevistados fueron contestes en señalar que la única pareja que le conocieron al señor Samuel fue la señora Adalia García.

Dentro del proceso en audiencia celebrada el 02 de marzo de 2020, se escuchó el interrogatorio de parte de la cónyuge quien informó conoció al señor Samuel en Samaná Caldas y fueron novios por un año, se dejaron y se volvieron a encontrar en 1986, iniciaron noviazgo y se casaron el 04 de junio de 1990, él ya tenía 4 hijos, y con ella tuvo dos hijos más; que inicialmente vivieron en Funza, posteriormente se pasaron a vivir a Bogotá donde David Arias hermano del causante, y a finales de 1994, se pasaron a la casa en la que actualmente vive Cra. 13B #33-53 Bogotá; **que desde el año 2010 en adelante**, el causante se dedicaba a trabajar en instalación y mantenimiento de cámaras y alarmas con la empresa SDS desde 2011; que los ingresos del hogar era lo que Samuel aportaba; que Samuel estaba aliviado y de repente le dio un infarto y falleció cuando iba viajando para Tunja; que la empresa más o menos desde 2013, lo enviaba a viajar con frecuencia; que estaba por fuera 1 o 2 semanas y en casa 1 o 2 semanas, que no conocía a Sandra Sabogal; que se enteró de la existencia de ella porque la AFP Protección le negó la pensión porque había otra persona reclamándola. Agregó que, las honras fúnebres de Samuel se realizaron en Bogotá, y la señora Sandra no estuvo presente; que en los último 5 años de vida de Samuel, la relación continuó igual que siempre, como pareja; que él siempre aportó económicamente al hogar; que ella era la beneficiaria en salud, y que cuando él viajaba se comunicaban todo el tiempo, y ello no fue motivo de disgustos porque ellos sabían que era por razones del trabajo; que él viajaba a diferentes partes a donde lo mandara la empresa; que en fechas especiales siempre se reunían en la casa con los hijos de él y la familia.

En esta misma diligencia se escuchó el testimonio del señor Pablo Fiesco Jaimes, quien informó que conoció a Adalia García a través del señor Samuel Arias; que fue jefe de él en el año 2002 más o menos por 2 años y medio y continuaron el vínculo telefónicamente; que en enero de 2011, se volvieron a encontrar y le pidió que trabajara para la compañía donde este trabajaba como gerente comercial denominada Smart

Development Systems Corp -SDS-; que Samuel fue contratado para hacer el sistema de mantenimiento y preventivo de electrónica de sus clientes; que conoció el núcleo familiar del causante porque la empresa hacia actividades donde tocaba asistir con la familia como paseos y fiestas de fin de año; que las labores de Samuel se realizaban en Bogotá, pero en el **año 2013**, empezó a colaborar en un contrato con el Banco Agrario que era por tres años y esa operación era a nivel nacional, se coordinaba con cronograma, por lo que él tenía que visitar oficinas del banco en los diferentes municipios y ciudades haciendo mantenimiento de los sistemas de alarmas o seguridad, cuando no trabajaba con el Banco tenía que estar laborando en Bogotá; que cuando tocaba viajar por temas de costos y viáticos se enviaba un solo técnico, en Bogotá si podían ir 2 o 3 técnicos, que antes de 2013, prestaba servicios técnicos en municipios aledaños a Bogotá, iba y regresaba el mismo día; que atendiendo el banco en las correrías podía demorarse 15, 20 o 30 días, y tenía que reportarse al banco y a la empresa, venía descansaba unos 5 días y volvía a viajar; que no tenía permitido que lo acompañaran en esos desplazamientos y el cliente tampoco permitía que ingresara con otra persona; que la ruta se programaba según la zona, por ejemplo iba para Neiva él tenía que visitar todas las oficinas del banco de esa ciudad y se aprovechaba el viaje para que visitara los bancos de los municipios aledaños a esa ciudad; que la empresa siempre tenía control de la ubicación del técnico, por lo que él no podía quedarse en otro lugar (municipio o ciudad), que no fuera el designado por la empresa, quien le daba el dinero de los viáticos, el alojamiento dependía siempre del lugar donde debía prestar el servicio; que en Tunja la empresa le daba un listado de los hoteles en los que podía hospedarse; que Samuel siempre presentó a la señora Adalia como su esposa, a sus gemelos y a otros hijos en la empresa; que nunca presentó a otra mujer como compañera; que no supo que la pareja Arias -García se hubiese separado; que cuando él falleció se estaba desplazando a Tunja a prestar un servicio; que cuando supo del suceso se desplazó hasta Sopó y en la clínica se encontró con los hijos y la familia de Samuel.

En audiencia del 21 de octubre de 2021, se escuchó el testimonio de Wilmar Fernando Arias García hijo de la pareja Arias-García -frente a este se presentó tacha-, quien indicó que desde que recuerda cuando era pequeño y estaba en el jardín siempre convivieron su papá, su mamá, su hermano y él, en el barrio Granjas de San Pablo en Bogotá; que convivió con sus padres hasta finales del año 2014, porque se casó y se fue;

que sus padre siempre convivieron juntos hasta el deceso de Samuel, porque después de casarse los visitaba al menos una vez al mes; que su padre antes de 2013, no viajaba, estaba en Bogotá, pero a partir de ese año empezó a viajar por toda Colombia conforme lo enviaba la empresa SDS por un contrato que tenían con el Banco Agrario; que él viajaba según la asignación por lo menos una vez al mes, y el resto de tiempo estaba en Bogotá; que su padre estuvo hospitalizado en el año 2015, aproximadamente una semana en la Clínica Corpas momento en que siempre estuvo acompañados de sus hijos, esposa y familiares; que Adalia siempre estuvo dedicada al hogar; que el causante respondía por ella; que el día que él falleció iba en un bus para Tunja, exactamente en Briceño falleció; que él falleció un jueves y ese domingo antes los había visitado con su hijo y lo vio organizando los soportes de su viaje anterior. Informó que, él le ayudaba a su padre a organizar los recibos de sus viajes para legalizar los gastos ante la empresa, tales como hospedaje, transporte, alimentación, y que nunca supo ni su padre le comentó de la existencia de Sandra Milena Sabogal, y de esos soportes se evidenciaba que eran para una sola persona; que cuando su papá viajaba siempre estaban en contacto por teléfono.

En audiencia del 21 de octubre de 2021, se escuchó el testimonio del señor Jesús Epimenio Arias Ospina hijo extramatrimonial del señor Samuel Arias, quien indicó que conoce a Adalia García porque era la esposa de su padre desde el año 1990 (data para la cual tenía 20 o 21 años de edad); que eran una pareja normal, siempre vivieron juntos hasta la muerte de su papá; que nunca vivió con ellos, pero que sí los frecuentaba en los diciembres desde 1994 hasta 2012; que se quedaba con ellos; que Adalia se dedicaba al hogar, y su padre trabajaba en una empresa de alarmas, que sabe que en los últimos años su padre viajaba; que recuerda que en el año 2015, él viajaba; que su padre nunca se separó de su esposa Adalia; que sabe de Sandra Milena Sabogal porque ella lo llamó vía celular un mes o mes y medio después de que su padre había fallecido, inicialmente le dijo que era de la empresa de gas, por lo que le indicó que su padre había fallecido, pero al siguiente día lo llamaron otra vez a decir que ella era la suegra de su padre; que él vivía con su hija desde hacía 4 años, pero que de esa relación él no sabía nada, porque su papa nunca se había separado de Adalia; que a él le pareció muy raro, que su padre nunca le comento nada sobre Sandra Milena.

De las pruebas referidas se evidencia que la señora Adalia García Giraldo y el causante Samuel Arias Pavas contrajeron matrimonio el 04 de junio de 1999, y convivieron como una pareja en una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de la pareja, compartir todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, brindarse respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, y acompañamiento espiritual, **hasta el 29 de septiembre de 2016**, data en que falleció el señor Arias.

Lo anterior, se colige del abundante material probatorio que se allegó al proceso, pues se tiene certeza de su matrimonio porque se allegó el registro civil del mismo, seguidamente el 21 de mayo de 1991 nacieron sus gemelos, llegaron a vivir en el inmueble ubicado en la Carrera 16# 33-53 Sur de Bogotá aproximadamente a finales de 1994, de lo que dan fe sus vecinas señora Flor Marina García Mora vecina desde hacía 25 años, a la señora Mercedes Perdomo de Perdomo vecina desde hacía 22 años, a la señora Diana Marcela Sánchez vecina desde hacía 18 años -todas entrevistadas por la empresa que realizó la investigación de la pensión de sobrevivientes Consultando LTDA.-, quienes además informaron que ellos nunca se había separado y no le conocían al señor Samuel otra pareja; adicionalmente, en todos los documentos del causante aparecía como lugar de residencia esa misma dirección, incluso en documentos expedidos en septiembre de 2016, mes en que falleció, su cónyuge era su beneficiaria en salud, en la caja de compensación y hasta en un seguro de vida que este dejó, se presentaron fotografías de la pareja y de estos compartiendo con familiares incluso desde que los gemelos estaban pequeños hasta una celebración realizada en marzo de 2016.

De las declaraciones extrajudiciales presentadas por la cónyuge y rendidas por Rubiel Augusto Buitrago Cifuentes y Jairo García Mora quienes afirmaron conocer a la pareja por lo menos desde hacía 23 años atrás; que ellos vivían juntos de manera ininterrumpida y como una pareja normal, no se solicitó ratificación, por lo que estas gozan de pleno valor probatorio conforme lo establecido en el artículo 222 del CGP.

Asimismo, del informe de investigación realizado dentro del trámite de pensión de sobrevivientes reclamada por la señora Adalia García Giraldo por la empresa Consultando LTDA, surge palmario que esta sí había convivido con el señor Samuel Arias

desde su matrimonio hasta su deceso, pues se entrevistó alrededor de 9 personas, entre hijos, hermanos, mejor amigo, amigos y compañeros de trabajo, jefe inmediato y vecinas, y todos en forma unánime indicaron que la cónyuge del causante era Adalia, los reconocieron como pareja, y además señalaron que no le habían conocido otra pareja diferente a Adalia.

Del interrogatorio de parte de la señora Adalia cónyuge del causante, lo único que hace es corroborar que en efecto entre ellos se construyó una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de cada uno, pues informó que en un principio su esposo trabajaba y estudiaba, y que cuando nacieron los gemelos ella se dedicó al cuidado del hogar y Samuel a trabajar para sostener este; que entre los dos sacaron adelante el inmueble que ella había comprado, pues con el subsidio de vivienda y con la cesantías le hicieron mejoras, además que compartieron todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, ya que desde su matrimonio asumieron la responsabilidad como pareja, tuvieron sus hijos, los educaron, hasta que estos tomaron su propio rumbo y quedó la pareja solita en casa, acompañándose en todo momento, y se brindaron ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, y acompañamiento espiritual hasta el último instante, ya que su cónyuge estuvo presente hasta su entierro.

Lo anterior se corrobora a un más con el testimonio de Jesús Epimenio Arias Ospina hijo únicamente del causante, quien informó que la pareja de su padre siempre fue su esposa Adalia García, que si bien no los visitaba desde el año 2012, sí mantenía una relación estrecha con su padre, y este nunca le contó de separación alguna, ni de otra mujer en su vida; se suma a lo anterior, el testimonio de Pablo Fiesco Jaimes quien conoció al *de cujus* desde el 2002, y desde el 2011, laboraban para la misma empresa, quien informó que conocía el núcleo familiar del señor Samuel, porque los presentó en las actividades de la empresa.

Ahora, si bien el testimonio del hijo de la pareja Wilmar Fernando Arias García fue tachado por sospecha por su parentesco con la aquí demandante, este no aporta nada diferente a lo demostrado con el cuantioso material probatorio, y es que el señor Samuel y la señora Adalia convivieron como pareja en comunidad de vida, forjada en el crisol del

amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, con un proyecto de vida juntos responsable y estable desde el 04 de junio de 1990, hasta el 29 de septiembre de 2016.

Todo lo anterior, permite a la Sala concluir que la señora Adilia García es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Samuel Arias Pavas, en su calidad de cónyuge supérstite.

COMPAÑERA PERMANENTE- SEÑORA SANDRA MILENA SABOGAL ARANDA.

Ahora bien, respecto de la señora Sandra Milena Sabogal Aranda quien afirma tener la condición de compañera permanente del causante señor Samuel Arias Pavas, desde el 30 de agosto de 2010, y hasta el 29 de septiembre de 2016, data en que falleció el afiliado, se observa:

Como pruebas documentales copia de su cédula de ciudadanía y la del señor Samuel Arias Pavas, y 3 declaraciones extraprocerales, rendidas por María Edita Moreno Suarez, Adriana Goyeneche Barragán y José Siervo Fagua Ocasión.

De éstas se evidencia que la señora Sandra Milena Sabogal Aranda nació el 25 de enero de 1994, es decir que para la fecha en que presuntamente inició convivencia con el causante tenía 16 años de edad, mientras que el señor Samuel Arias Pavas nació el 20 de marzo de 1953, y por tanto para agosto de 2010, tenía 57 años de edad, circunstancia que llama poderosamente la atención de la Sala, porque entre estas dos personas existía una diferencia de edad de 41 años.

De otra parte, las declaraciones extraprocerales no tienen valor probatorio porque pese a que la AFP Protección solicitó su ratificación esta no se hizo, y como quiera que conforme el artículo 222 del CGP, cuando la contraparte solicita su ratificación, esta debe hacerse dentro del proceso, so pena de no tener valor probatorio.

Adicionalmente, el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, requirió al apoderado de la señora Sandra Milena para que allegara: *i)* historia clínica; *ii)* dictamen

de pérdida de la capacidad laboral; y *iii*) documento privado suscrito entre Amanda Patricia Aranda Bautista y el causante. Los cuales se allegaron y se incorporaron al plenario y de los que se extrae:

- Historia clínica de Sandra Milena Sabogal Aranda emitida entre el año 2012, y 2020. De la cual se evidencia que esta sufrió de algunas patologías en ese lapso.

Además, también se tiene que esta era atendida por la Nueva EPS en el plan contributivo de salud en calidad de beneficiaria; que siempre registró como dirección de residencia calle 6 # 16-43 interior 2 Libertador Tunja, y como acompañante a la atención médica a la señora Amanda Aranda parentesco madre, en algunas ocasiones asistía sola, y en la consulta del **05 de septiembre de 2016**, asistió con cónyuge o compañero, así:



ATENCION CONSULTA EXTERNA # 19 - #Interno:5110549653 // Entidad: NUEVA E.P.S

Profesional : DR GELSON CASTILLO Registro: 0302-21

Fecha : 05/09/2016 06:32 Sede : Clínica Chia Tunja

Especialidad : MEDICINA GENERAL

Acompañante en la Atención : WILSON ARANDA - Teléfono: (313) 320-0621

Parentesco: CONYUGE O COMPANERO(A)

- Dictamen de pérdida de la capacidad laboral de Sandra Milena Sabogal Aranda, documento que data del 18 de agosto de 2011, donde se lee:

3. DATOS PERSONALES DEL CALIFICADO			
Nombre:	SANDRA MILENA	Apellidos:	SABOGAL ARANDA
Identificación:	84012601288	Tipo:	TI
Fecha nacimiento:	06/01/1984	Genero:	FEMENINO
Estado Civil:	SOLTERO(A)	Escolaridad:	PRIMARIA
Dirección:	CALLE 6 NO. 16-43 INT. 2		
Ciudad Residencia:	TUNJA		
Teléfono fijo:		Teléfono Celular:	3134783878

DE igual forma, se informa que esta tiene una pérdida de la capacidad laboral del 50.30% por enfermedad común, fecha de estructuración 05 de enero de 1994, por el diagnóstico retraso mental moderado deterioro del comportamiento nulo o mínimo, y otros trastornos del oído en enfermedades clasificadas en otra parte.

- Y el documento privado suscrito entre Amanda Patricia Aranda Bautista y el causante, que corresponde a una promesa de compraventa suscrita el 05 de agosto de 2016, en los siguientes términos:

PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE

LUGAR Y FECHA DE CELEBRACION DEL CONTRATO: Bogotá D.C., Agosto 05-2016

PROMETIENTE (S) VENDEDOR (ES): Amanda Patricia Aramba Bautista
 Nombre e identificación CC # 51.995.507
 Nombre e identificación
 Nombre e identificación

PROMETIENTE (S) COMPRADOR (ES): Samuel Arias Parás
 Nombre e identificación CC 7.245.578
 Nombre e identificación
 Nombre e identificación

PRECIO: Quince millones de Pesos (\$15.000.000)

PRIMERA.- OBJETO, NOMENCLATURA Y LINDEROS: EL (LOS) PROMETIENTE (S) VENDEDOR (ES) se obliga (n) a vender a el (LOS) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (ES), quien (es) a su vez se obliga (n) a comprar el bien inmueble que se describe a continuación:
Lote de terreno ubicado en la Calle 71 Sur # 27 N-29, 60
rio Paraiso, localidad 19, Ciudad Bolívar de Bogotá y
que actualmente es casa lote # 5 M252, con Extensione de
superficie de 6 mts. de frente por 12 mts de fondo para un
total de 72 mts. y sucesora linderos: Norte vía pública y encier
rra; Sur con el Lote # 24 de la misma manzana; Oriente con el
Lote # 8 y Occidente con vía pública.
 El inmueble objeto de esta promesa está ubicado en la ciudad de Bogotá D.C. Calle 71 Sur,
 identificado en su puerta principal de entrada con el número 29 N-29
(27 N-29), cuyos linderos se determinan en la cláusula décima de esta promesa.

SEGUNDA.- TRADICION: El inmueble prometido en venta, lo adquirió (eron) EL (LOS) PROMETIENTE (S) VENDEDOR (ES) por compra a
Norberto Duarte, mediante la Escritura Pública número documento fir
mado y autenticado del día veintiocho — (28) — del mes
de mayo — del año dos mil Tres — (2003) —
 de la Notaría — — — — — del Circuito Notarial de
 — — — — — registrada en el folio de matrícula inmobiliaria número
 — — — — — de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de

TERCERA.- OTRAS OBLIGACIONES: EL (LOS) PROMETIENTE (S) VENDEDOR (ES) se obliga (n) a transferir
 el dominio del inmueble objeto del presente contrato, libre de hipotecas, demandas civiles, embargos, condiciones resolutorias, censos,
 anticresis y, en general, de todo gravamen o limitación del dominio y saldrá (n) al saneamiento en los casos de la ley. **CUARTA.- PRECIO:**
 El precio del inmueble prometido en venta es de Quince millones de Pesos
(\$15.000.000 =), suma que el (los) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (ES) pagará
 (n) a EL (LOS) PROMETIENTE(S) VENDEDOR (ES) así: a) a la fecha de firma de este contrato la suma de Diez millones de
Pesos — (\$10.000.000 =), el día cinco — (05) — del mes de Agosto — del año dos mil dieciséis — (2016) —; b) el
 saldo, es decir, la suma de Cinco millones — (\$5.000.000 =), al tiempo del otorgamiento de la escritura pública correspondiente. **QUINTA.- ARRAS:** La cantidad de
diez (10) de Pesos de Quince mil Pesos (\$500.000) a Partes
(\$ del 05 de sep-2016), que el (los) PROMETIENTE (S) VENDEDOR (ES) declara (n) haber recibido de el (los) PROMETIENTE(S)
COMPRADOR (ES) a satisfacción, se entrega a título de arras de y será imputada al precio
 al momento de perfeccionarse el contrato objeto de esta promesa. **SEXTA.- OTORGAMIENTO:** La escritura pública que perfeccione la
 venta prometida se otorgará en la Notaría la cual asigne el Juzgado (por, del Circuito de
tramite de pertenencia del día del año — — — — —) a las
 () a (p) m. **SEPTIMA.- MODIFICACIONES:** Cualquier modificación a las estipulaciones

de esta promesa, deberá ser por escrito y suscrita por las partes firmantes. **OCTAVA.- ENTREGA:** En la fecha del otorgamiento de la escritura pública el (los) PROMETIENTE (S) VENDEDOR (ES) hará (n) la entrega material del inmueble a el (los) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (ES), con sus mejoras, anexidades, usos y servidumbres. **NOVENA.- GASTOS:** Los gastos que ocasione la firma de este contrato, así como los que demande el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y los de beneficencia, serán a cargo de las partes. Los gastos provenientes de registro y anotación serán a cargo de las partes.

DECIMA.- LINDEROS: Los linderos del inmueble objeto de la presente promesa son los siguientes:

CLAUSULAS ADICIONALES

La casa lote se encuentra con todos los servicios como son: agua, luz y gas, los cuales el comprador se compromete a pagar los créditos de los servicios actuales pendientes cometidos.

Clausula Penultima: En caso de retractarse una de las partes pagara el 10% del valor del inmueble acordado, esto es \$ 15.000.000=

En caso de reubicación por cualquier motivo, acepta la reubicación.

En constancia de lo anterior, se firma en dos (2) ejemplares con destino a las partes, el día cinco (05), del mes de Agosto, del año dos mil dieciséis - (2016).

PROMETIENTE (S) VENDEDOR (ES) PROMETIENTE (S) COMPRADOR (ES)

Aranda P. Aranda C.C. No. 51995507 TESTIGO

Santander C.C. No. 2245528 TESTIGO

Dentro del proceso en audiencia celebrada el 02 de marzo de 2020, se escuchó el interrogatorio de parte de la compañera permanente Sandra Milena Sabogal Aranda,

quien informó que desde los 15 años de edad vivía en Tunja barrio Libertador con su mamá, su hermana, y su padrastro hasta el 30 de agosto de 2010, cuando se fue a vivir con el señor Samuel Arias Pavas como pareja durante 3 años, porque se enfermó y tuvo que volver a la casa de su madre, pero que allí vivía él también; que él veía por ella. Que conoció a Samuel el 7 de agosto de 2010, en Chocontá Cundinamarca, en una buseta que iba para Santana Boyacá; que ella se sentó al lado de él, y este *«empezó a preguntarme como me llamaba, cuantos años tenía, bueno, empezamos a hablar nos conocimos, fue cuando él me dijo que quería tener algo conmigo, me pidió el número de teléfono, que con quien vivía, fue cuando, que qué hacía, fue cuando yo le di el número de teléfono a él, fue cuando empezamos a hablar a hablar y fue cuando nos conocimos»*, que después ella se fue para donde su madre, *«después empezamos a hablar, nos hablamos, y fue cuando bueno, hablábamos por teléfono, y fue cuando el 30 de agosto fue cuando nos fuimos a vivir, y de ahí nos fuimos a vivir, sacamos una pieza en el barrio Milagro el 30 de agosto. Todas las conversaciones duramos fue hablando por teléfono, ya llegamos a un acuerdo de que él quería convivir conmigo fue por teléfono, entonces, ya fue cuando sacamos la pieza, el 30 de agosto de 2010»*; que ese día él tuvo que trabajar en Tunja y sacó tiempo para ir a mirar la pieza, le compró un televisor, una cama y una estufa; que no se acuerda cuanto pagaban de arriendo porque el causante fue quien hizo eso, tampoco de que dirección era pero era barrio el Milagro, que él viajaba por varios pueblos de Boyacá y Santander y que ella lo acompañaba y lo esperaba a que hiciera sus trabajos que eran de electricidad; que la relación duró casi 7 años hasta el día de su muerte; que él falleció en Sopó; que ese día quedaron de encontrarse porque él iba a poner la alarma de un cajero y ella se enteró que él había fallecido al mes, porque una señora que iba a instalar un punto de gas en una casa en Bogotá le dijo, que ella (Sandra) tenía el teléfono del hijo Epifanio y lo llamó y él le dijo que sí que le había dado un infarto.

También informó que, cuando ella se enfermó él la dejó donde su mamá y él siguió con sus actividades laborales; que ellos convivieron, comieron, durmieron y de todo; que ella sabía que él tenía unos hijos con los que compartía las fechas especiales, pero que con ella la celebración se hacía antes; que no conocía a ningún familiar de Samuel; que las únicas personas que sabían de esa relación eran José Siervo, Adriana Goyeneche, María Moreno; que como la empresa SDS para la que trabajaba el causante era en Bogotá, él iba a la empresa 2, 3 o 4 días; que en ese tiempo ella se quedaba con su

madre; que luego él la llamaba y le decía que le tocaba trabajar en tal lugar, y allá se encontraban, ella lo acompañaba en todo el recorrido, y así era siempre; que no sabía que él era casado, porque él le dijo que era separado hacía 15 años; que no sabía que el *de cujus* tenía hermanos; que el señor Samuel le dijo que no le presentaba a sus hijos porque de pronto la agredían o le pegaban; que no conoció la casa de Samuel en Bogotá, allá estaba sus dos gemelos y cuando venía a Bogotá se quedaba en esa casa; que Samuel y la mamá de ella hicieron un negocio de un lote en el Barrio Paraíso Bogotá; que ella nunca se quedó con él en Bogotá.

En esta misma diligencia se escuchó el testimonio de la señora Amanda Patricia Aranda Bautista madre de Sandra Milena Sabogal Aranda -frente a este se presentó tacha-; que conoció al señor Samuel Arias Pavas porque se llevó a su hija siendo menor de edad; que ella duró aproximadamente un mes sin saber de su hija, que cuando el regresó le dijo *«mire suegrita yo le voy a responder por la niña, yo no la voy a dejar tirada, fue y sacó una pieza aproximadamente a 2 Kilómetros de la casa donde yo vivo, mi casa y se la llevó a vivir allá»*, él le respondía por todo según me contó la señora que les arrendo la pieza, por mercado, todo le tenía al día, que de allí él se la regresó porque la chica estaba enferma, la internaron y ahí salió con la discapacidad; que cuando Samuel viajaba y Sandra estaba enferma él le giraba plata a ella y la llamaba constantemente diciéndole *«suegrita yo le recomiendo a Sandrita por favor no me la deje sola»*; que incluso le tuvo que pagar a una vecina para que la acompañara al médico; que él por Efecty le hacía llegar dinero para que no le faltara nada a Sandra; que el causante siempre le dijo que era divorciado; que tenía unos hijos; que en festividades de día de la madre, amor y amistad las llevaba a juntas a celebrar días antes o días después, porque cuando el llevaba a Sandra a celebrar siempre la llevaban (a la madre); que Samuel se ofreció a comprar la parte de los hermanos de Sandra en una casa lote que la testigo tenía en el barrio Paraíso en Bogotá, que él le dio \$15.000.000 en efectivo y le firmó unas letras de las cuales le alcanzó a pagar una; que él quería que la casa quedara a nombre de Sandra Milena; que el día que falleció Samuel se habían quedado de encontrar los 3 en un puente en Tunja, pero que él no llegó; que Sandra le marcó, pero el hombre que le contestó le dijo *«es imposible que vaya al encuentro»*, y apagaron el celular para siempre; que ellas pasado un mes llamaron a Epinemio y este les indicó que Samuel había fallecido; que el causante se llevó a su hija en agosto de 2010; que Sandra tiene una discapacidad de 50,

algo psicomotor por un tumor que tiene en la cabeza determinada en 2017; que Sandra acompañaba a Samuel a trabajar; que Samuel le hizo aproximadamente 30 consignaciones, entre valores de \$100.000 y \$200.000 para manutención de Sandra; que entre 2011 y 2012 Sandra estuvo internada aproximadamente un mes, y Samuel la cuidaba en las noches; que entre 2013 y 2014 Sandra y Samuel regresaron a vivir a la casa de ella en una habitación; que había veces que él viajaba 1 o 2 meses y no llevaba a Sandra porque los sitios eran muy peligrosos, pero que él siempre llamaba; que Sandra y Samuel se fueron a vivir a Bogotá a comienzos de 2014.

De las pruebas traídas a juicio, encontramos que según el señor Pablo Fiesco Jaimes Gerente Comercial de la empleadora del causante desde enero de 2011, el señor Samuel Arias **empezó a viajar en el 2013**, con ocasión de un contrato que suscribió la empresa con el Banco Agrario; que el fallecido era uno de los técnicos que atendía a ese cliente, y por ello debía viajar por toda Colombia revisando el sistema de seguridad de las oficinas de ese banco, respecto de la fecha en que Samuel empezó a viajar, esta fue corroborada por su cónyuge y por su hijo Wilmar Fernando Arias García, por lo que esta circunstancia se dará por acreditada desde esta data.

Lo anterior, conduce a indicar que la versión dada por la señora Sandra Milena Sabogal y su madre Amanda Patricia Aranda Bautista, respecto de que Sandra y Samuel se conocieron en agosto de 2010, porque este viajaba por razones de su trabajo, atendiendo Bancos en todo el sistema de electricidad, **no encuentra respaldo**, porque su empleador atestigua que este empezó a viajar a partir del año 2013, luego para los años 2011 y 2012, este solo trabajaba en Bogotá y esporádicamente en pueblos aledaños a esta ciudad, yendo y regresando el mismo día, por lo que no había posibilidad de que este viajara a Tunja por razones de trabajo; además, respecto de dicha afirmación tampoco se allegó prueba alguna que permitiera ratificar tal aseveración.

Ahora bien, según se extrae del dictamen de pérdida de la capacidad laboral de Sandra Milena Sabogal Aranda de fecha 18 de agosto de **2011**, esta en ese momento era soltera y vivía en la calle 6 # 16-43 interior 2 Libertador Tunja, es decir, en la casa de su madre. Se suma a lo anterior que, en la historia clínica entre el 2012 y el 29/09/2016, fecha del deceso del causante, la señora Sandra siempre registró con dirección de residencia la

calle 6 # 16-43 interior 2 Libertador Tunja, y su acompañante a las citas médicas regularmente era su madre, nunca se registró al señor Samuel Arias, y por el contrario en la consulta del **5 de septiembre de 2016**, es decir, **24 días antes del fallecimiento del señor Arias Pavas**, esta registró como acompañante a otra persona que tenía como parentesco cónyuge o compañero.

También resulta extraña la versión de la señora Sandra Milena, puesto que, según ella conoció al causante el 7 de agosto de 2010, en un bus entre el trayecto Chocontá Tunja, recorrido que dura aproximadamente una hora y veinte minutos, que ella le dio su número de teléfono, que estuvieron hablando por ese medio; que el 30 de esa misma calenda empezaron a vivir juntos en una pieza en el barrio el Milagro de Tunja, lo cual no resulta lógico, pues como dos desconocidos, con una conversación de una hora y veinte minutos en un medio de transporte, y algunas llamadas telefónicas, toman la decisión de irse a vivir juntos como pareja, como lo afirma la absolvente, y es que esta es una decisión bastante importante en la vida de cualquier ser humano, máxime que el causante para el año 2010, era una persona de 57 años de edad, que por su edad y recorrido de vida podría pensarse que tomaba decisiones con calma, esto conforme las reglas de la experiencia.

Además, ¿cómo es posible que la señora Sandra no recuerde la dirección donde según ella vivió por espacio de 3 años?, tampoco sabe cuánto se pagaba de arriendo, y lo más raro aun, que nadie conocía de esa relación, solo la madre de Sandra, pues si bien ella informó que también era de conocimiento de José Siervo, Adriana Goyeneche, y María Moreno estas personas no fueron traídas como testigos para corroborar o ratificar dicha afirmación. De otra parte, se observa que Sandra también manifestó que no sabía si el señor Samuel tenía hermanos, no conoció a los hijos del causante, y lo más extraño del caso, es que el señor Samuel falleció el 29 de septiembre de 2016, y ella, que supuestamente era su pareja se enteró pasado un mes, es decir, su pareja desapareció por espacio de un mes y ella al parecer no lo buscó, ni llamó a la empresa donde él trabajaba a preguntar por él, no realizó ninguna búsqueda, o por lo menos de ello no obra prueba en el informativo, lo que deja en entredicho que en realidad entre ellos tuviesen una convivencia, una comunidad de vida con la intención de formar una pareja permanente, estable y duradera.

De otra parte, del testimonio de la señora Amanda Patricia Aranda Bautista madre de Sandra Milena Sabogal Aranda, si bien coinciden en que el señor Samuel se llevó a su hija en el año 2010, ello como ya se dijo, no encuentra certeza ni ningún otro respaldo probatorio, por el contrario, lo que se encuentra acreditado es que el causante empezó a viajar a ese sector del país donde la señora Sandra vivía, fue en el año 2013. Ahora, frente al hecho de que cuando Sandra estuvo internada por espacio de un mes y que Samuel la cuidaba en las noches, tampoco existe prueba, más allá de este dicho, porque en la historia clínica el citado señor no aparece registrado.

En cuanto a que el causante le giraba dinero para Sandra por Efecty al proceso no se trajo ni un solo recibo de los más de 30 giros que se afirma fueron enviados por el señor Arias Pavas. De otro lado, aun cuando se allegó una promesa de compraventa de inmueble suscrita entre la testigo Amanda Patricia Aranda, madre de la señora Sandra Sabogal, y el fallecido el 5 de agosto de 2016, dicho documento a más de dar cuenta del negocio jurídico entre ellos, por ningún lado se menciona a Sandra Milena, como parte del mismo, mucho menos puede colegirse de allí la presunta convivencia de esta con el *de cuius*.

Acorde con lo anterior, considera esta Sala de Decisión que, contrario a lo indicado por el juez de primer nivel, con la versión de la testigo no puede darse por acreditada una convivencia con las características exigidas y descritas por la jurisprudencia, que recordemos debe ser real y efectiva, debe probarse una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de la pareja, compartir todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, brindarse respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, asuntos propios de una vida en pareja con vocación de permanencia (sentencia CSJ SL1399- 2018).

En este sentido es importante traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL913-2023 en la que expresó:

De manera que la convivencia entraña una comunidad de vida estable, donde aflora el apoyo espiritual y físico, el afecto, socorro, ayuda y respeto mutuo, guiado por un destino común; lo cual descarta relaciones furtivas, casuales o esporádicas, y también aquellas que, pese a resultar prolongadas, no comportan realmente una comunidad de vida.

(...)

En este sentido, resulta importante distinguir la relación de compañeros permanentes donde la esencia es la cohabitación bajo el mismo techo, de la relación de novios o similares, como la que pudo existir entre la accionante y el Sr. Armando, para lo cual se debe rememorar lo que asentó esta Sala sobre que, «Al juez no le compete sustituir a los miembros de la pareja dándoles la intención de ser una familia que ellos mismos se negaron a constituir; los noviazgos permanentes donde no hay un compromiso de constituir un proyecto de vida común no constituyen familia» (CSJ, 27 de abril de 2010, radicado 38113).

En este caso, como lo argumentó la censura, esa ausencia de propósito o proyecto común de vida se hizo evidente en el caso de autos con el hecho de que cada uno de los miembros de la pareja quiso mantener su propio núcleo familiar de manera separada, esto es, la actora permaneció viviendo con su señora madre, y el causante, en su casa materna con su hermana, hijos y nietos, y las razones que dieron la accionante y los testigos de que la familia del causante era problemática y que esta no debía saber de su relación para no poner en peligro a la actora, para justificar que la actora y el causante vivieron en lugares diferentes todo el tiempo, resultó desvirtuada con el análisis probatorio que acabó de hacer la Sala.

Así las cosas, si bien esta Corporación no puede desconocer que entre la señora Sandra Milena Sabogal Aranda y el causante presuntamente existió una relación sentimental, dentro del proceso NO se demostró que entre ellos hubiese existido una real y efectiva convivencia, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del señor Samuel Arias Pavas, a más de que tampoco se encuentra acreditado fehacientemente que esa relación sentimental haya perdurado por espacio de al menos cinco (5) años.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia, en el sentido de establecer que la señora Sandra Milena Sabogal Aranda **NO** es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el señor Samuel Arias Pavas; en consecuencia, se dispondrá que el 100% de la referida prestación estará en cabeza de la señora Adalia García Giraldo, en su calidad de cónyuge supérstite.

Respecto de la cuantía de la prestación, se aclara que en este caso no hay lugar a entrar a determinarla por parte de la Sala, por cuanto al ser el causante un pensionado, la prestación se sustituye a sus beneficiarios en las mismas condiciones; por lo tanto, al habersele reconocido al *de cujus* pensión de vejez por garantía de pensión mínima a partir de mayo de 2016, a su beneficiaria habrá de pagársele la pensión de sobrevivientes sobre un SMMLV, y en 13 mesadas pensionales.

ADALIA GARCÍA GIRALDO				
DESDE	HASTA	MESADA PENSIONAL 100%	# MESADAS	TOTAL
29/09/2016	30/12/2016	\$ 689,455.00	4	2,757,820.00
01/01/2017	30/12/2017	\$ 737,717.00	13	9,590,321.00
01/01/2018	30/12/2018	\$ 781,242.00	13	10,156,146.00
01/01/2019	30/12/2019	\$ 828,116.00	13	10,765,508.00
01/01/2020	30/12/2020	\$ 877,803.00	13	11,411,439.00
01/01/2021	30/12/2021	\$ 908,526.00	13	11,810,838.00
01/01/2022	30/12/2022	\$ 1,000,000.00	13	13,000,000.00
01/01/2023	30/08/2023	\$ 1,160,000.00	8	9,280,000.00
retroactivo pensional del 29/09/2016 a 30/08/2023				78,772,072.00

En consecuencia, esta Sala, revocará parcialmente la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar que la señora SANDRA MILENA SABOGAL ARANDA NO es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante, y que la única beneficiaria de esta prestación es la señora Adalia García Giraldo, quien tendrá en su cabeza el 100% de la prestación, por lo que el retroactivo debe pagársele a este en su integridad, debidamente indexado a la fecha de su pago.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Protección, como quiera que su recurso de apelación no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la interviniente *ad excludendum* SANDRA MILENA SABOGAL ARANDA, y **en su lugar, DECLARAR** que a la señora ADALIA GARCÍA GIRALDO, les asiste el derecho a que la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes del causante SAMUEL ARIAS PAVAS a partir del 29 de septiembre de 2016, en cuantía inicial de \$689.455, en 13 mesadas anuales, y en porcentaje del 100%.

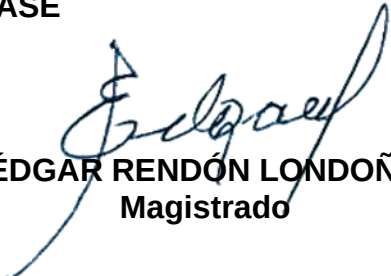
SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., a pagar a la demandante ADALIA GARCÍA GIRALDO la suma de setenta y ocho millones setecientos setenta y dos mil cero setenta y dos centavos (\$78.772.072) por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 29 de septiembre de 2016 al 30 de agosto de 2023, valores que deberán ser indexados al momento de su pago efectivo.

Se autoriza a la entidad pensional a descontar de la anterior cifra, lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud de manera proporcional.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

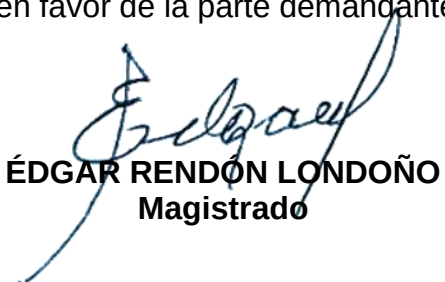


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Protección S.A., la suma de \$1.160.000, y en favor de la parte demandante.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado