

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MELVI ROCÍO DÍAZ HERNÁNDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por cada una de las demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, sobre la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2020 por la Juez Segunda (2ª) laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MELVI ROCÍO DÍAZ HERNÁNDEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad por vicios en el consentimiento de su vinculación al RAIS efectuada el 26 de

octubre de 2000, con fundamento en que los asesores comerciales del fondo privado PORVENIR le suministraron una breve asesoría sobre las bondades del RAIS (pensión más favorable y anticipada), pero omitieron brindar información sobre las consecuencias del traslado de régimen y omitieron realizar algún tipo de simulación o proyección comparativa respecto del valor de la mesada en ambos regímenes pensionales. Como consecuencia de lo anterior pide que se disponga el traslado automático de la afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES y se trasladen a dicha entidad los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante (ver demanda en las páginas 2 a 18 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, consciente y sin presiones. Además, afirma que la afiliada se encuentra inmersa en la prohibición legal para retornar al RPM administrado por COLPENSIONES, pues no era beneficiaria del régimen de transición y para la fecha en la que elevó la solicitud de traslado contaba con 53 años de edad, y advirtió que la obligación de realizar proyecciones pensionales surgió para las AFP's con el Decreto 2071 de 2015. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción* y la *innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 73 a 87, y subsanación en la página 392 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se afilió al RAIS de manera libre después de recibir información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, por lo que goza de plena validez pues no se configuró ningún vicio del consentimiento, y

advirtió que la firma que plasmó en el formulario de afiliación es auténtica y que ratificó su permanencia en el RAIS con los traslados horizontales que realizó en dicho régimen. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 131 a 144, y subsanación a folio 372 del expediente digital).

Finalmente, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se afilió a PROTECCIÓN de manera libre, espontánea e informada el 26 de agosto de 2013, después de que el fondo le brindara asesoría sobre los parámetros legales para calcular el derecho pensional, vinculación se encuentra exenta de vicios y de cualquier fuerza para realizarlo, y advirtió que para la fecha de dicha afiliación se encontraba inmersa en la prohibición legal para trasladarse entre regímenes pensional y retornar al RPM. Además, señaló que para el momento de la afiliación las AFP's no tenían la obligación legal de realizar proyección alguna de índole técnica o financiera sobre la materia, pues ésta solo surgió con la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015, y que durante la afiliación de la demandante ha puesto a su disposición todos los canales de atención y comunicación, y le ha enviado trimestralmente los extractos de su cuenta de ahorro individual. Propuso como excepciones de mérito: *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 la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, traslado de movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP's convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y la innominada o genérica* (ver

contestación en las páginas 177 a 195, y subsanación en las páginas 276 a 310 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 30 de noviembre de 2020, mediante la cual la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación y traslado de la demandante MELVI ROCÍO DÍAZ HERNÁNDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.023.590, al régimen de ahorro individual, realizada el 26 de octubre de 2000, por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante MELVI ROCÍO DÍAZ HERNÁNDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.023.590, y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES representada legalmente por su presidente o quien haga sus veces a recibir los aportes de la demandante MELVI ROCÍO DÍAZ HERNÁNDEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.023.590, en el régimen de prima media por prestación definida administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados a la demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del*

regreso automático. CUARTO: Dadas las resultas del juicio no se DECLARAN PROBADAS las excepciones propuesta por las convocadas a juicio. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes. QUINTO: Si no fuere apelado, CONSÚLTASE con el superior” (audiencia virtual No 3, minuto 48:05).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia indicó que la AFP PORVENIR no demostró que haya brindado información clara, cierta y suficiente sobre las condiciones y características del RAIS, las diferencias sustanciales entre ambos regímenes pensionales, y sobre las implicaciones y riesgos de su traslado de régimen, lo que da lugar a declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, y advirtió que para entender la existencia de un consentimiento informado en el acto de traslado de régimen pensional, no es suficiente la suscripción del formulario de afiliación sino que debe acreditar que la demandante conoce plenamente la información .

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de COLPENSIONES, PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, y de forma subsidiaria solicita que se ordene el traslado o devolución de los aportes, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados. Afirma que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal enmarcada en el artículo 2 de la Ley 797 de 1993 para trasladarse entre regímenes pensionales, pues contaba con 53 años para el momento en el que solicitó su retorno al RPM (el 18 de julio de 2018), y advierte que debe primar el principio de sostenibilidad financiera, pues el traslado de la actora genera la descapitalización de las reservas para el pago de los derechos pensionales. Además, estima que los

afiliados tienen el deber de asesorarse sobre las consecuencias del traslado de régimen conforme lo establece el Régimen de Protección al Consumidor (Decreto 2241 de 2010), pues dichas consecuencias y los aspectos propios de cada régimen encuentran definidos en la Ley 100 de 1993. Finalmente, solicita que se le ordene a PROTECCIÓN S.A. normalizar la afiliación de la actora en el sistema de información de los administradores de fondos de pensiones SIAFP y devuelva los aportes, rendimientos y gastos de administración, debidamente indexados (audiencia virtual No 3, minuto 50:18)¹.

¹ *“Gracias su señoría, siendo el momento procesal oportuno, me permito interponer recurso de apelación frente a la sentencia antes proferida por su Despacho en los siguientes términos. No hay lugar a que se declare la nulidad de afiliación de la aquí demandante toda vez que se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal establecida por el artículo 2 de la ley 797 del 2003, ya que el día en que hizo la solicitud, fue el 18 de julio del año del 2018 En ese entonces contaba con 53 años, razón por la cual no es de recibo que pretende regresar al régimen de prima media con prestación definida, como así lo solicita. Es así también, como desde el año 2004 y con posterioridad a través del Acto Legislativo 01 de 2005, se busca la protección del fondo común del régimen de prima media por medio del principio de sostenibilidad financiera, pues al declararse la nulidad solicitada produciría una descapitalización en el entendido que la demandante no ha sido tenido en cuenta dentro de la reserva actualidad con que cuenta esta entidad para el pago de los derechos pensionales de sus afiliados, pues es desde el primero de diciembre del 2000 el demandante se encuentra válidamente afiliado régimen de ahorro individual con solidaridad. Por otra parte se hace necesario mencionar lo atinente a la carga de la prueba, en cuanto a la carga de la prueba tenemos que el artículo 167 del código general del proceso reza lo siguiente “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, en este sentido el honorable Tribunal en varios pronunciamientos ha puesto de precedente este artículo como una sentencia con ponencia del magistrado Carlos Andrés Vargas, del pasado 10 de octubre del 2017 proceso 19 2015 915 frente a la carga de la prueba en este tipo de procesos, manifestó dentro de los fallos, manifestó lo siguiente, perdón, en este sentido el Honorable Tribunal manifestó que la carga de la prueba incumbe a las partes probarlas, dentro de los fallos relacionados con el traslado de régimen, la interpretación del artículo 1604 del Código Civil que realiza la Corte, hace que esa responsabilidad en cabeza de los otros se conviertan objetiva, toda vez que no exige el demandante aportar siquiera una prueba, por parte de este, dejándole la carga totalmente a las AFP. Por otra parte, dicha apreciación quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quién causa el daño, este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen, dado que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse, es así que el decreto 2241 del 2010 establece el régimen de protección al consumidor financiero y determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al régimen del Sistema General de Pensiones, de los consumidores financieros del Sistema de Pensiones tienen los deberes en los que le sea pertinente aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones y los derechos y obligaciones que corresponden, corresponde leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar y firmar los mismos y cualquier otro documento que se requiera dentro del sistema general de pensiones, las decisiones que se toman dentro del sistema general de pensiones, manifestadas a través de documentos firmados o de otros medios idóneos autorizados para ello, implican la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas, en tal sentido, cuando de conformidad con la normatividad aplicable al silencio o la no toma de decisión por parte de los consumidores financieros, del lugar a la aplicación de reglas supletivas establecidas en ella, con impacto en*

El apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. Afirma que el fondo privado cumplió con la etapa de información conforme las normas que regulaban la materia en el momento en el cual se realizó el traslado de régimen pensional (año 2000), pues capacitó y formó a los asesores comerciales para que pudieran brindar una noción suficiente sobre las consecuencias y características de dicho traslado. Además, advirtió que: (i) la demandante conocía el régimen de ahorro individual, su naturaleza, funcionamiento y la forma en que podía obtener un monto superior de su mesada pensional, tal como lo reconoció en el interrogatorio de parte que rindió y se evidencia con el traslado horizontal que realizó con posterioridad entre fondos del RAIS; (ii) existe una disminución considerable del ingreso base de cotización durante el periodo comprendido entre el año 2006 y el año

sus cuentas de ahorro pensional, también ha dicho silencio como la toma una decisión consciente, con efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve, teniendo en cuenta lo anterior y descendiendo al caso que nos ocupa, se encuentra que no medio por parte de la señora Melvi Rocío Díaz Hernández algunas quisiera sobre su futuro pensional durante toda su vida laboral, ya que no obra prueba alguna sumaria dentro del acervo probatorio, sucediéndose así de sus deberes como afiliada al RAIS, sistema general de pensiones y convalidando su deseo de permanencia, puede indicarse además que mediante al derecho a la libre escogencia, el régimen en materia pensional, el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en él y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este, no es argumento suficiente para alegar una nulidad de traslado entre regímenes, además la normatividad que regula el Régimen de Ahorro Individual, se encuentra establecida en la Ley 100 del 93, esta normatividad está al alcance de cualquier ciudadano ,de conformidad con la anterior normativa, existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados al sistema general de pensiones, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo, se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado y la única manera desvirtuar esta regla, es demostrando la preexistencia de una fuerza que hubiese viciado el consentimiento. Pero entonces, el haber fundado el accionante su pretensión en el hecho de haber sido engañada por las asesores, del fondo privado PORVENIR, al cual estaba afiliada, no es un argumento válido, toda vez que no estamos frente al caso de una persona lego, al contrario, se trata una persona con capacidad de discernimiento, que le correspondía, según el artículo 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso la carga de probar dicha información, lo que brilla por su ausencia, en consecuencia solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá revocar la sentencia de primera instancia, adicionalmente como petición especial y de no accederse a las pretensiones de la demanda, de accederse a las pretensiones de la demanda y no tener en cuenta los argumentos esgrimidos por esta apoderada, solicitó que se ordene a PROTECCIÓN ,qué es la última AFP a la cual está afiliada la demandante, normalice la afiliación en el sistema de información de los administradores de fondos de pensiones SIAFP, anulación a través del mantis y la devolución de los aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados por el periodo en que el actor permaneció, la actora, perdón, permaneció afiliado al fondo privado. Así dejó sustentado mi recurso de apelación su señoría. Gracias”.

2009, lo que incide de manera directa en el monto de la mesada pensional; (iii) no se puede partir del supuesto de que los asesores comerciales del fondo privado actuaron de mala fe, pues estas condiciones no se probaron dentro del proceso; y, (iv) el criterio de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en la materia no es aplicable en el caso bajo estudio, si se tiene en cuenta que la demandante no tenía una expectativa cercana de pensionarse en el RPM, ni era beneficiaria del régimen de transición, y por ello, no se puede entender que con el traslado de régimen pensional se le estaba causando un perjuicio (audiencia virtual No 3, minuto 57:56)².

² “Gracias su señoría, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el Despacho, teniendo en cuenta los siguientes aspectos. Su señoría considero declarar la nulidad por ineficacia en traslado a régimen efectuado por la parte demandante, efectuada a mi representada fue a octubre de 1995, perdón, para octubre del año 2000, teniendo en cuenta, que en ese momento nos encontrábamos en la primera etapa del deber de información, se realizó el estudio o se basó la consideración principal respecto a lo que ha centrado la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en sede de Casación, se hace también un análisis respecto a la capacitación y formación mínima de los asesores, que como expertos en la materia debían otorgarle información a la parte actora, que le permitiera tener unas nociones suficientes para determinar las consecuencias y características mismas frente a ese momento en el que realizó el traslado de régimen. El primer aspecto, claro es, que se cumple con el deber de información, la falladora de primera instancia considera que no se hace, frente a los medios probatorios que se allegaron al proceso, sin embargo el consentimiento informado y a lo que se ha referido la Corte Suprema no puede limitarse al formulario afiliación, si bien era la voluntad por escrito que exigía la ley y los decretos reglamentarios en ese momento, propio es que se realizó un interrogatorio de parte, donde evidentemente la parte demandante puso aspectos precisos, que determinaban que conocía régimen de ahorro individual, que conocía la naturaleza de cómo funcionaba y precisamente el cómo podía obtener un monto superior de su mesada pensional, siendo esta su motivación principal, que aqueja la falta de información, que aqueja frente a su voluntad de trasladarse de régimen pensional, aparte de eso también, teniendo en cuenta la relación de aportes que se allegó en el escrito de contestación, se evidencia que la parte actora, para periodo del 2006 al 2009 no cotizó o no siguió cotizando respecto al ingreso base de cotización que lo venía haciendo con anterioridad, es decir, existe una disminución considerable, casi promedio de \$500.000 pesos frente a ese ingreso base cotización, que afecta directamente el monto de la mesada pensional, como se sabe dentro del régimen de ahorro individual, esos aportes realizados, los realizó como independiente y son factores que se ponen de presente, para que se determine que el monto de la mesada pensional, no precisamente va a depender de lo que el asesor al momento del traslado de régimen va a efectuar, porque propiamente son circunstancias que a futuro, como los aportes que puede llegar hacer al afiliado, como en este caso, se vio que varió considerablemente en algunos años, puede llegar a determinar que disminuya el monto de la mesada pensional, ahora la información que debía dársele a la demandante respecto a si su mesada podía ser superior dentro del régimen de ahorro individual en comparación al régimen de prima media, se le otorgó, se determina en el interrogatorio de parte, donde ella misma mencionó que con los aportes voluntarios, entendía y comprendía que el monto la mesada pensional iba a aumentar, ese sentido propio es que el cumplimiento del deber de información se dio respecto a este aspecto en particular, la integralidad del deber de información, sino solamente se limita propiamente a las características de tener una pensión superior o a nivel anticipado, es propiamente es íntegro y conllevo como bien lo indicé, o como bien se pudo probar por mi representada que haya sido de carácter verbal al momento del traslado de régimen. Ahora, por otro lado no puede dejarse

Finalmente, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. pide que se revoque de la sentencia en cuenta dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguro previsional, para que se ordene únicamente devolver los aportes efectuados junto con los rendimientos financieros. Afirmo que estos descuentos se encuentran autorizados en la Ley en ambos regímenes pensionales, fueron causados durante la administración de los aportes de la afiliada y fueron pagados a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia de la demandante, y advirtió que: (i) no podría pagar dichos valores de su patrimonio, pues no hizo parte de la fijación del litigio el pago de dichos valores a título de perjuicios y por ello no pudo proponer oposición sobre la materia, y, (ii) opera el término de prescripción

o no puede limitarse, la situación de cumplimiento del deber de información con el traslado de régimen, véase que recientemente la Corte Suprema de Justicia en su sala de descongestión, en sentencia SL 3752 dejó presente, en una decisión que consideró no fallar, de no Casar, perdón, la sentencia del Tribunal y mantener la absolución que venía en primera instancia, respecto a los actos de relacionamiento que realizan los afiliados con posterior al traslado de régimen, y esto se efectúa propiamente con los traslados horizontales, que este caso, también se presenció por la parte actora, cuando se trasladó para el año 2013 hacia PROTECCIÓN, donde también conocía bien evidentemente unos aportes voluntarios, que los suscribió respecto a beneficios tributarios, donde existe información adicional que le permitió tener presente, ventajas o desventajas, incluso dentro de las mismas administradoras del régimen de ahorro individual, son situaciones que ponen de precedente que los afiliados no solamente, se deben o se limita esa información, o la percepción de la información respecto al traslado de régimen. En ese sentido su señoría, pues propio es, que la capacitación o la formación de los asesores comerciales no puede considerarse o partirse, o no debió partirse de la mala fe de los mismos, porque es que en ningún momento se está analizando que los asesores comerciales no contaban con capacitación o que no contaban con una formación técnica, porque las administradoras de pensiones vienen siendo vigiladas por la Superintendencia Financiera, Y en ese sentido, propio es que se parte que los asesores o no contaban con una buena capacitación o que no le otorgaron la información suficiente pero bajo ningún supuesto probatorio que se haya probado dentro del proceso, en ese sentido, se entiende que se está partiendo de la mala fe o de la mala información suministrada a la parte actora frente a condiciones que no quedaron probadas dentro del proceso, y en ese mismo análisis, el traslado de la carga de la prueba propiamente si es que es determinado por el juzgador y facultado a la parte que tenga la mayor disponibilidad de probar dentro de un proceso de los hechos o allegar los medios probatorios suficientes, se pone, también en cuestionamiento referente a qué el momento de traslado a régimen, las administradoras de pensiones no tenían la obligación de dejar por escrito información adicional, en ese sentido, ¿Cómo pueden llegar a probar criterios adicionales a lo que la misma ley y la jurisprudencia en ese momento les exigía?. Además, la parte actora al momento del traslado régimen, no contaba con ninguna expectativa o régimen de transición para determinar que el traslado de régimen le efectuó un perjuicio, frente a su situación pensional en ese momento, es una situación que no existe, y que es lo que precisó la Corte para determinar la carga probatoria, a cargo de las AFP y llevar a realizar incluso aclaraciones de voto por la misma sala, determinando que no es unánime el criterio de la sala de Casación. Bajo esos supuestos y argumentos su señoría, solicito se conceda el recurso de apelación y le solicite a la sala del Tribunal Superior, al Distrito Superior de Bogotá revocar la decisión emitida por el Despacho y en su lugar absolver a mi representada de las condenas impuestas. Muchas gracias”.

sobre dichos valores por tratarse de conceptos de tracto sucesivo (audiencia virtual No 3, hora 1, minuto 06:12)³.

³ *“Muchas gracias señora juez, de manera respetuosa me permito interponer recurso apelación de manera parcial, únicamente respecto a la orden de trasladar a COLPENSIONES la comisión de administración y lo descontado por primas de seguros previsionales, toda vez que pues que esté es un descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 del 2003 en su artículo séptimo, y que opera para ambos regímenes, durante el tiempo que la demandante estaba afiliada a mi representada, está administró los dineros que ella depósito en su cuenta de ahorro individual, gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado, pues PROTECCIÓN es una entidad financiera, experta en la inversión de recursos de propiedad de sus afiliados, evidenciándose en los excelentes rendimientos financieros que generó la cuenta de ahorro individual de la actora y que se pueden observar, en certificación de rendimiento de la cuenta de ahorro individual que obra dentro del plenario, ahora bien, al declararse la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual y condenarse a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro de la demandante a COLPENSIONES, solo es procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros, generados por la buena gestión de PROTECCIÓN, pero no es procedente, que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración y seguro previsional, pues se trata de valores ya causados durante la administración de los dineros de esta cuenta de ahorro individual y además corresponde a estos descuentos realizados conforme a la ley, cómo es permitido frente a cualquier entidad financiera, adicionalmente, lo que se descontó por seguro previsional fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, para que en caso de haber existido un siniestro de invalidez y sobrevivencia está pagará una suma adicional, que financiará las pensiones por dichos conceptos. Asimismo, el seguro previsional ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y mi representada está imposibilitada para recobrárselo y devolvérselo a COLPENSIONES, toda vez que, en este caso, la aseguradora es un tercero de buena fe, que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la afiliada y PROTECCIÓN. Ahora, si lo que se pretende es que dentro de, PROTECCIÓN de sus propias arcas devuelva este dinero de seguro previsional, pues estaríamos en una condena en contra del patrimonio de la entidad y estos perjuicios, pues debieron ser mencionados y enfocados al momento de, debieron ser mencionados en la fijación del litigio, por lo que, pues no pudo mi representada un momento para oponerse a tal pretensión. Así las cosas, debemos hablar de prestaciones acaecidas, teoría que fue puesta de presente, por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia radicado 31 1989 de septiembre del 2008, magistrado ponente Doctor Eduardo López Villegas, cuando menciona lo siguiente, “las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto de las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cavidad enteramente en el derecho social, de manera que, a diferencia de propender por el retorno al Estado original, al momento en el que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado por recibido, hágase valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas, ya en el ámbito del derecho laboral, ahora en el de la seguridad social”. Además debe tenerse precedente que frente al cobro de 3% destinado para la comisión de administración y para financiar las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, causado por la periodicidad que impone la ley, además este es un concepto que no financia directamente la prestación económica por vejez, abonado a lo anterior el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, no dispuso que el traslado de régimen comprendiera el reintegro de sumas percibidas por gastos de administración y seguro previsional. Por lo sustentado anteriormente, solicitó de manera respetuosa al honorable Tribunal Superior de Bogotá que revoque la sentencia parcialmente, esto solamente en lo concerniente a la condena del traslado de comisión de administración y lo descontado por primas de seguro previsional y solo sea ordenado la devolución de los aportes más los rendimientos financieros, toda vez que se trata pues de prestaciones ya acaecidas. Muchas gracias”.*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada

por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 226.43 semanas⁴; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 años, 1 meses y 3 días)⁵; y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver páginas 2 y 70 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6 7}, según el cual, se debe

⁴ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por la demandante en las páginas 88 a 90 del expediente digital.

⁵ *Ibídem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema Pension al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión". En este sentido: (i) "El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) "Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese

de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado; en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

En el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le haya brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que en la empresa donde laboraba (SGS COLOMBIA S.A.) invitaron a los trabajadores a charlas con agentes comerciales de la AFP

PORVENIR S.A., quienes les informaron que en el ISS estaban en riesgo de perder sus aportes, y, que el fondo privado tenía mayores beneficios, como acceder a una pensión segura a cualquier edad. La demandante afirmó que en ese momento no le informaron sobre las desventajas del traslado de régimen, sino hasta que se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A, cuando la asesora comercial de dicho fondo le explicó que por su edad ya no podía hacer nada (audiencia virtual No 2, minuto 24:51). El testimonio rendido por LUIS MORA ESPINOSA (CD 3, minuto 38:59) no es útil porque no estuvo presente en el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales; la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 26 de octubre de 2000 a PORVENIR S.A., y posteriormente se trasladó el 26 de agosto de 2013 a la AFP PROTECCIÓN, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver formularios de afiliación y el historial de vinculaciones SIAFP en las páginas 46, 57, 145, 146 y 207 del expediente digital).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora y rendimientos, sin poder efectuar descuento alguno a título de gastos de administración, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); la declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados 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” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Por lo mismo, se confirmará la orden a devolver las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia, advirtiendo para resolver el recurso que propuso la apoderada de COLPENSIONES, que los gastos de administración se deben trasladar debidamente indexados; así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias indicadas (ver SL 1688 de 2019). Cabe recordar que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), el *a-quo* podía estudiar la procedencia de la devolución de los gastos de administración como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, en virtud del cual se encaminaron los hechos debatidos y controvertidos en el proceso.

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

Con COSTAS en la apelación a cargo de PROVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A.

⁸ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

Por 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

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, advirtiendo que los gastos de administración se deben trasladar debidamente indexados.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió los fondos de pensiones.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S. A y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL MPESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 02 2018 00699 00

Melvi Rocio Diaz Hernández Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
y otros

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE DEICY YANETH MARTÍNEZ GONZÁLEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 25 de enero de 2021 por el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, DEICY YANETH MARTÍNEZ GONZÁLEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 14 de abril de 2000, con fundamento en que el fondo privado no le proporcionó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, pues no se le ilustró con escenarios comparativos ni proyecciones

pensionales sobre las prestaciones económicas, beneficios y consecuencias negativas que tendría realizar el traslado de régimen, así como tampoco le indicaron los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de vejez o pensionarse anticipadamente. Advierte que el 14 de marzo de 2019 solicitó a Colpensiones la anulación de su traslado, la cual fue negada. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al RAIS, se ordene el traslado y afiliación de la actora a Colpensiones como si nunca se hubiese trasladado, a Porvenir a devolver con destino a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos, gastos de administración o cualquier otro, a las demandadas a asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión, se condene a Porvenir en caso de haberle otorgado previamente la pensión a la actora a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados todos los recursos a Colpensiones y la actora sea incluida en la nómina de pensionados (ver demanda en folios 3 a 37 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la actora no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios, no cuenta con una expectativa legítima y, se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales pues le faltan menos de diez años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional. Además, solicita que de declararse la nulidad de traslado se garantice la devolución de la totalidad de los aportes al RPM, teniendo en cuenta los rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración y demás rubros. Propuso como excepciones: *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, Cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 245 a 252 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación al RAIS fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, sin presión o engaño alguno, hecho que se materializó con la suscripción del formulario de traslado y fue ratificado mediante el pago de los aportes mensuales durante aproximadamente 19 años. Propuso como excepciones: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la excepción genérica* (ver contestación y subsanación en folios 283 a 313 y 322 a 369 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de enero de 2021, mediante la cual el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:” PRIMERO: *DECLARAR la nulidad de la afiliación que hiciera la demandante DEICY JANETH MARTÍNEZ GONZÁLEZ al RAIS que en el caso administra la ADMINISTRADORA PORVENIR S.A. para tenerla como válidamente afiliada a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora correspondiente a rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, entidad que tiene la obligación de resolver la solicitud pensional que le presente la afiliada. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada PORVENIR, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de*

EXP. 04 2019 00433 01
Deicy Yaneth Martínez González Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

CONSULTA en favor de COLPENSIONES” (audiencia virtual, CD 3, folio 439, minuto 53:48).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó de las pruebas aportadas en la demanda que el fondo privado no realizó gestión alguna con el fin de acreditar que le hubiere suministrado a la actora información adicional a la que reposaba en el formulario de afiliación y advirtió que el formulario de afiliación no contenía información relevante de la situación pensional de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

La apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que la actora suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria obligándose con ello a lo contenido en el mismo, que no es válido imponer a las administradoras obligaciones que no estaban previstas en las normas vigentes para la época del traslado, y en todo caso, que la información brindada a la demandante junto con la suscripción del formulario son suficientes para acreditar una afiliación válida y libre de vicios en el consentimiento (CD 3, folio 439, audiencia virtual, minuto 54:55)¹

¹ “Su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que fue acabada de proferir por el despacho bajo los siguientes argumentos y solicitando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque la sentencia proferida en esta fecha. Me permito hacer referencia a que la asesoría de afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993, el cual estableció en el numeral primero del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realiza, de suerte que les permita a través de elementos de juicios claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, no resulta razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, teniendo en cuenta que en el presente asunto pues si bien la demandante manifiesta que no le fue brindada ninguna información lo cierto es que firmó el formulario de afiliación de manera voluntaria obligándose de acuerdo con ello a lo contenido en el mismo. Frente a este caso se tiene que la Corte Suprema otorga un alcance que no corresponde al contenido de

En el recurso de PORVENIR, su apoderado pide que se revoque la sentencia y en subsidio la condena impuesta a devolver las sumas por concepto de gastos de administración. Afirma que el fondo privado cumplió con el deber de información y advierte que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no cuenta con una expectativa legítima, ni acreditó habersele causado un perjuicio, por lo tanto, no es dable aplicar en el caso bajo estudio la línea jurisprudencial que ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Además, sostiene que los gastos de administración son descuentos autorizados por mandato legal, destinados a la obtención de rendimientos financieros y al pago de las primas de seguro de invalidez y sobrevivencia, por lo tanto, la AFP no cuenta con dichas sumas las cuales solicita sean valoradas conforme a la excepción de prescripción, pues tienen una destinación distinta a la pensión de vejez (CD 3, folio 439, audiencia virtual, minuto 57:25)²

los decretos nombrados llámese 663 de 1993 y 692 del 94 en cuanto a la voluntad vertida en el formulario de afiliación, por lo que la simple suscripción del formulario de afiliación bajo la vigencia de las normas citadas y la información brindada por el asesor comercial del fondo son suficientes para afirmar que la afiliación fue válida y libre de vicios en el consentimiento. Al analizar los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia se advierte una errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, con ocasión a que al considerarse por la Corte la responsabilidad en cabeza de los fondos esta es objetiva, quiebra también la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos toda vez que la responsabilidad no solamente recae en la información que debe dar el fondo de pensiones, sino que también aplica en los casos del traslado. Por lo anterior, solicito su señoría que sea revocada la sentencia proferida y se absuelva a mi representada de recibir en el régimen de prima media a la aquí demandante, muchas gracias”.

² *“Su señoría de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de proferir el despacho respecto a la totalidad, en el entendido de que al declarar la ineficacia del traslado de régimen el efecto jurídico de lo mismo en sentido estricto es propiamente considerar de que no existió el acto jurídico, en ese sentido propio es que se justifica la decisión del fallador de primera instancia advirtiendo que mi representada no cumplió con el deber de información basándose plenamente en la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, para adoptar la línea jurisprudencial como se ha advertido en diferentes ocasiones no basta simplemente con considerar la pretensión, esto es nulidad o ineficacia del traslado sino que se hable de los mismos supuestos fácticos, en el caso presente la demandante no es beneficiaria de un régimen de transición, no soporta una condición especial que haya conllevado que renunciara al momento del traslado de régimen alguna prestación que le fuera perjudicable o perjudicable en su situación pensional, no contaba con ninguna expectativa que conllevara a decir que se incumplió tal situación para determinar ese aspecto de aplicar la línea jurisprudencial, si bien la Corte en la sentencia 1452 del año 2019 refirió que esto no es importante, las diferentes aclaraciones con posterioridad si han definido que si es importante establecer los supuestos fácticos para determinar si se hace o no un traslado automático de la carga probatoria y el análisis en particular del caso. En ese sentido mi representada respecto a los supuestos fácticos cumplió con lo que la ley en su momento le exigía frente a ese deber*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

de información en la primera etapa, suscribió el formulario de afiliación la demandante donde consta que recibió una información y que su traslado era de manera libre, espontánea y sin presiones y que frente a ese traslado de régimen se acogía a las implicaciones del régimen de ahorro individual que hoy en día no puede desconocer o considerar que por la diferencia del monto de la mesada pensional le sea factible declarar la ineficacia de un traslado de régimen. Véase que como bien se refirió el deber de información no se agota con este acto de traslado sino con el lapso de afiliación y consolidación de la situación pensional del afiliado, mi representada cumple cuando le allega los extractos de aportes con los que los mismos decretos reglamentarios de la Ley 100 le han fijado para valer ese deber de información, en ese sentido no puede aplicarse supuestos legales o jurisprudenciales que en ningún momento soportan los mismos supuestos fácticos y realizar una aplicación de manera retroactiva al respecto, en ese sentido es válida la afiliación y el acto jurídico suscrito entre las partes y no debió declararse en ese sentido la ineficacia del traslado de régimen. Por otro lado, la condena a mi representada a los gastos de administración desconoce lo que la misma Ley 100 en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 consagró a las administradoras de pensiones para generar estos cobros por la gestión realizada que se ha desempeñado de buena fe por mi representada, véase la suma de los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual de la demandante, véase también la afiliación o perdón el pago a primas de seguro por contingencias de invalidez y sobrevivencia durante todo este lapso de afiliación, y que la condena a la devolución de esos gastos de administración conlleva a la devolución del pago de primas de seguros que es un supuesto que no cuenta mi representada ya con ello porque fueron pagados a la aseguradora que desconoce el contrato de aseguramiento, frente a que la no generación del siniestro conlleva a que se deba hacer devolución de las primas pagadas a la asegurada, en ese sentido no solamente es uno el efecto sino muchos los que afectan a mi representada en este tipo de decisión, más aún cuando también le solicito al Tribunal valorar la excepción de prescripción a lo referente a los gastos de administración porque tienen una destinación muy diferente a lo que ha cobijado la Corte Constitucional respecto a la pensión de vejez, ya que su destinación frente a los gastos de administración es diferente a lo destinado a la pensión de vejez, en este sentido su señoría solicito se condene el recurso de apelación y le solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá sirva revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho, muchas gracias”.

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, *si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 39 años de edad y había cotizado 709,71 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 254 a 259 del expediente.

de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 10 meses y 7 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado la edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver folio 86 y 230 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*" (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable "*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*", y la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual*

connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que ni siquiera recibió asesoría pues el empleado del fondo privado le dijo que todos los que se encontraban trabajando en el Banco de Occidente que se debían trasladar a Porvenir pues ambas entidades tenían el mismo dueño (CD 3, folio 439, audiencia virtual, minuto 10:09).

Para esa Corporación los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados 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”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

DECISION

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

EXP. 04 2019 00433 01

Deicy Yaneth Martínez González Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE NUBIA ESPERANZA CUESTA CRUZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, sobre la sentencia dictada el 17 de noviembre de 2020 por la Juez Quinto (5^o) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NUBIA ESPERANZA CUESTA CRUZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS efectuado el 1° de enero de 2000, con fundamento en que el fondo privado omitió suministrar información transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada,

suficiente y cierta, sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, y en general sobre los beneficios, riesgos y desventajas del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide que condene a COLPENSIONES a recibir la afiliación a la demandante, y en consecuencia, que le restituya a dicha entidad todos los valores que recibió en virtud de la vinculación de la actora. De forma subsidiaria pide que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos jurídicos del traslado, dada la falta de consentimiento libre, voluntario e informado para el momento de la afiliación (ver páginas 4 a 26 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se demostró causal de nulidad o ineficacia de la vinculación de la demandante en el RAIS, pues para el momento de la afiliación el fondo privado le suministró información sobre la naturaleza de dicho régimen pensional, las modalidades de pensión y la garantía de pensión mínima, entre otros aspectos, y advirtió que la demandante manifestó su consentimiento informado con la suscripción del formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y excepción innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 104 a 124 del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la vinculación de la demandante al RAIS se encuentra vigente y no se probaron vicios en el consentimiento que prestó en el momento del traslado de régimen por error, fuerza o dolo, ni se advirtió la existencia de alguna anotación de protesto o inconformidad que dieran lugar a la nulidad de dicho traslado, y por ello, es la AFP PORVENIR S.A. quien tendría a cargo el reconocimiento y el pago de la

pensión de vejez de la actora. Advirtió la improcedencia de un eventual pago de costas y agencias en derecho, dado que la mayoría de las pretensiones no fueron dirigidas contra COLPENSIONES. Formuló las siguientes excepciones: *inexistencia del derecho reclamado, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y excepción innominada o genérica* (ver contestación en páginas 172 a 182 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juez Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutoria de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora NUBIA ESPERANZA CUESTA CRUZ a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR A SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de PORVENIR S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cinco (5) salarios legales mínimos mensuales vigentes. CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES”* (audiencia virtual, minuto 42:00).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no demostró que le suministró a la demandante información suficiente, amplia y oportuna sobre su traslado de régimen pensional, tal y como lo dispuso el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, advirtiendo que la carga de la probar el cumplimiento del deber de información está en cabeza del fondo privado y que el formulario de afiliación que suscribió la afiliada no

es suficiente para el efecto. Por ello, estimó que se incurrió en error de hecho por error en el objeto, que vició de nulidad el consentimiento.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se niegue la anulación del traslado de régimen. Afirma que no se demostró la existencia de vicios en el consentimiento que prestó la demandante por error, fuerza o dolo, ni se demostró una falta en el deber de información, y de haberse presentado se debe entender subsanado con la permanencia de la actora en dicho régimen, y advirtió que la actora tenía el deber de informarse sobre las características de cada régimen pensional, las cuales se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, y que el error de derecho no vicia el consentimiento. Además, señaló que la actora no puede retornar al RPM pues le faltan menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para pensionarse (prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003), y que no se le puede endilgar ninguna responsabilidad a COLPENSIONES por las consecuencias que se derivan del negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP PORVENIR, máxime si se tiene en cuenta que ello afecta la sostenibilidad financiera del Sistema (audiencia virtual, minuto 43:00)¹.

¹ *“Si su señoría, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho, para que el Tribunal Superior de Bogotá la estudie conforme a los siguientes argumentos: en primer lugar, se debe indicar al Tribunal Superior de Bogotá que no es dable la nulidad de traslado emitida por este despacho, toda vez que, dentro del proceso, no se vislumbró ningún vicio del consentimiento, que indiquen que la demandante se trasladó por error, fuerza o dolo. Asimismo, se debe indicar que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo segundo de la Ley 797 del 2003, pues esta persona, la señora Nubia, solamente solicitó su traslado al régimen de prima media, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse, pues ésta lo hizo cuando contaba con 57 años de edad en el año 2019. Ahora Bien, también se debe indicar que dentro del presente proceso, no se le puede endilgar alguna responsabilidad a mi representada por el negocio jurídico celebrado con el fondo privado Porvenir, por tanto ésta escogió este régimen, de, este régimen al cual pertenece, y esto se argumenta en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, pues, al momento de ésta firmar y permanecer dentro de este régimen, acepta las condiciones mismas del régimen de ahorro individual con solidaridad, valga la redundancia. De igual forma, al permanecer dentro de este fondo privado, que administra*

La apoderada de la PORVENIR S.A. también pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Aduce que el formulario de afiliación suscrito entre la demandante y el fondo próvida goza de autenticidad y pleno valor probatorio, pues no fue tachado ni desconocido durante el proceso, y tampoco se probó que dicha afiliación se encuentre viciada de nulidad bajo algunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil. Por el contrario, considera que con las pruebas aportadas en el proceso la AFP demandada demostró que brindó información completa, veraz y oportuna, y en virtud de ello, la demandante decidió vincularse y permanecer afiliada en el RAIS (audiencia virtual, minuto 48:05)².

el régimen de ahorro individual con solidaridad, ratifica su decisión de permanecer en este régimen, subsanando cualquier vicio de error, fuerza o dolo. Por otro lado, como dicho contrato fue celebrado entre la demandante y el fondo privado Porvenir, pues no opera ninguna responsabilidad o consecuencia jurídica en contra de Colpensiones, tal y como lo establece el artículo 1602 del Código Civil. En cuanto a la falta de información, que adujo la demandante, este no fue probado dentro del proceso, tal y como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, en concordancia con la sentencia C-086 de 2016, pues a la misma no se le vulneró ninguna expectativa legítima, y por lo tanto, la carga dinámica de demostrar que existió una falta de información, debió ser, está a cargo de la demandante y ésta misma no lo demostró. Por lo tanto, lo que se evidencia más bien, es una negligencia por parte de la misma, pues la demandante solamente se preocupó de su futuro pensional cuando ya estaba próxima a cumplir la edad requerida para pensionarse Y, por otro lado, aquí dentro del proceso, no existe error de hecho sino un error de derecho, por lo tanto, la demandante también tiene el deber de informarse, por cuenta propia sobre el régimen al cual estuvo afiliada y las características, ventajas, desventajas de cada régimen, que se encuentran en la Ley 100 de 1993, dicha normatividad es norma de alcance nacional y ésta pudo ser consultada por la demandante, por lo tanto, la ignorancia de la ley no sirve de excusa y lo que se evidencia es que es un error de derecho, y el error de derecho no vicia el consentimiento. Y finalmente se debe tener en cuenta, que si se recibe la demandante en el régimen de prima media, se estaría yendo en contravía de la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social, tal y como lo estipula el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, puesto que, al recibir a la demandante como afiliada en el régimen de prima media, se estaría descapitalizando el Sistema de Seguridad Social, pues al recibir, si bien se reciben los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues a futuro no es rentable reconocer y pagar una prestación que debe ser pagada por las personas que sí han permanecido dentro de este régimen y están contribuyendo en el régimen de prima. Por lo tanto, solicito al Tribunal Superior de Bogotá se revoque sentencia de primera instancia y no se declare la nulidad de traslado de régimen”.

² “Muchas gracias señor Juez. Con el debido respeto, presenté recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, manifestando que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento, como en el cambio de régimen de la demandante, pues no se alegó y menos probó, ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico en colación con mi representada no está viciado de nulidad. Igualmente, se debe manifestar, que el formulario afiliación suscrito con la demandante y mi representado es un documento público, que se presume auténtico, esto según artículo 243 y 244 del Código General del

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince

Proceso, y según el parágrafo 54 del Código Procesal del Trabajo; y adicionalmente contiene las declaraciones que le exige el artículo 114 de la ley 100 de 1993, esto fue, que la afiliación de la demandante con mi representado fue libre, espontánea y sin ningún tipo de presiones. Adicionalmente, este documento no fue tachado, ni desconocido durante el proceso, razón por la cual es una razón de peso para que no se le reste valor a este documento. Igualmente, se aduce que mi representada no allegó prueba de cumplimiento de asesoría con la parte demandante, esto era entregar la información completa, veraz y oportuna, y tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada de manera palmaria cumplió con la carga procesal impuesta, pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, en la medida que aportó los documentos que tenía su poder, para demostrar que la demandante ha estado vinculada a mi representada, producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solamente con el formulario afiliación, el cual, insisto, es un documento que se presume auténtico, sino también con la conducta de la demandante, que permaneció en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y conjunta, nos conducen a la certeza de concluir que la intención de la demandante era pertenecer al régimen de ahorro individual. Vale mencionar, también, que jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a mi representada a las previstas en las leyes existentes al momento que sucedió la afiliación de la demandante, pues esto constituiría una violación al debido proceso y la confianza legítima de fondo que represento, ya que para cuándo se celebró el acto jurídico de vinculación, no sólo la afiliada en ese momento era jurídicamente capaz, sino que además el acto citado que se celebró con mi representada contenía objeto y causa lícita, y ahora por cuenta de interpretaciones y alcances que se hacen de algunas normas, se desconoce instituciones primarias de un Estado Social de Derecho, como son la validez, los efectos de los actos jurídicos. No obstante, también es claro para la ley y la jurisprudencia que la Seguridad Social en pensión, no asegura una cuantía, sino la cobertura de una contingencia, contingencia que está asegurada, toda vez que la demandante no se le ha negado en ningún momento la prestación de su derecho pensional. Así las cosas, le corresponde al legislador determinar si el régimen de ahorro individual es más desventajoso frente al régimen de prima media o si debe haber un cambio normativo, por tanto quedo demostrado en este proceso, que mi representada actuó conforme a las leyes existentes y de buena fe y es por ello, que le solicito muy respetuosamente, señores Magistrados, se revoque el fallo de primera instancia. Muchas gracias”.

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que la demandante se afilió al Fondo privado de pensiones

tenía 36 años de edad y había cotizado 466,86 semanas³; para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (había cotizado 2 años, 10 meses y 8 días)⁴; y para la fecha de presentación de la demanda no había alcanzado la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver páginas 27 y 77 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵ ⁶, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

³ Ver historia laboral válida para bono pensional, aportada por la AFP PORVENIR en folios 148 a 151.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*" (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable "*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*", y la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen*

igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia- Corporación estima necesaria no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado; en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que los asesores comerciales de la AFP en una reunión grupal que duró aproximadamente entre 15 y 20 minutos, le dijeron que el Instituto de Seguros Sociales (ISS) se iba a *“acabar”* y que sus afiliados se quedarían sin fondo pensional por lo que debían trasladarse a un fondo privado, que no le hicieron una proyección pensional, ni le brindaron información sobre otros aspectos de su futuro pensional (audiencia virtual, minuto 7:54).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca*

EXP. 05 2019 00284 01
Nubia Esperanza Cuesta Cruz Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES

produjo efectos” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo.

Adicionalmente, conociendo en apelación y consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en el RAIS, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), la declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados 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”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Asim ismo se adicionará la setencia de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

Por 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

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de NUBIA ESPERANZA CUESTA CRUZ en el RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.
2. **DECLARAR** que puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
4. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

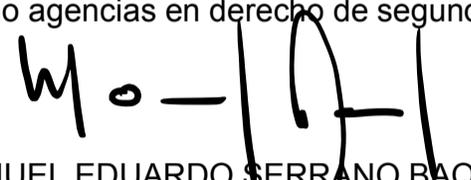
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCRTE como agencias en derecho de segunda instancia


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE SOCIEDAD ESPECIALISTA ASOCIADOS S.A
CONTRA SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN.**

Bogotá D. C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2020 por la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a la EPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor de la IPS SOCIEDAD ESPECIALISTA ASOCIADOS S.A. \$1.155.606.713 por concepto de servicios médicos prestados a favor de los afiliados y beneficiarios de la EPS SALUDCOOP, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, la Representante Legal de la SOCIEDAD ESPECIALISTA ASOCIADOS S.A. presentó demanda contra SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca la obligación de pagar servicios médicos quirúrgicos que prestó a pacientes afiliados a la EPS SALUDCOOP, representados en 237 facturas que ascienden a la suma \$1.418.361.914. Para el efecto afirma que (i) presentó todos los soportes administrativos y asistenciales mediante el mecanismo de radicación oportuna de cuentas médicas, (ii) ocurrió extemporaneidad en la formulación de glosas, (iii) la EPS

está incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa pues recibió los recursos de la UPC y no los trasladó a la IPS, y (iv) mediante conciliación la EPS aceptó obligaciones por \$262.755.201. Pide que se reconozca el saldo restante, esto es \$1.155.606.713, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima establecida en el DIAN, la multa por no pago de acreencias establecida en el artículo 133 de la Ley 1438 de 2011, y la indexación de las condenas (ver demanda en folios 3 a 37 del cuaderno principal).

Mediante providencia dictada el 16 de agosto de 2017 por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, se dirimió el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá y el Juzgado Treinta y cuatro (34) Administrativo del Circuito de Bogotá, y se asignó el conocimiento de la demanda a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral (ver cuaderno del Consejo Superior de la Judicatura).

La EPS SALUDCOOP (hoy en LIQUIDACIÓN), mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que (i) las facturas glosadas a la IPS carecen de soportes que demuestren la efectiva prestación de servicios por parte de la sociedad demandante, y (ii) dada la intervención forzosa administrativa de la EPS SALUDCOOP (Resolución 2414 de 24 de noviembre de 2015) la IPS se presentó al proceso liquidatorio mediante diligenciamiento del formulario No. 16722 y su acreencia fue graduada y calificada en las Resoluciones 1960 y 1974 de 2017 mediante las cuales se reconoció a su favor la suma de \$1.129.542.770. Sobre este punto advirtió que 160 de las facturas cuyo pago se reclaman en este proceso ya fueron presentadas dentro del proceso liquidatorio, y frente a las 77 facturas restantes serán estudiadas para determinar su posible inclusión como un PASIVO CIERTO NO RECLAMADO. Señaló que si la IPS no estaba de acuerdo con la calificación y graduación de su acreencia debió iniciar una demanda administrativa invocando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Se opuso al reconocimiento de intereses moratorios, dada la intervención forzosa administrativa para liquidar

SALUDCOOP EPS, lo que hace que la mora en el pago de las facturas no le sea imputable en atención a los principios que rigen el proceso de disolución y liquidación de los acreedores. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación a cargo de SALUDCOOP EPS hoy en liquidación, pago, cobro de lo no debido y la innominada* (ver contestación en folios 114 a 125 del cuaderno principal).

Terminó la primera instancia con sentencia de 30 de julio de 2020, mediante la cual la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá, CONDENÓ a la EPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN a pagar a la IPS SOCIEDAD ESPECIALISTA ASOCIADOS S.A. la suma de \$1.155.606.713 por los médicos prestados, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“RESUELVE: CONDENAR a la accionada SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a la sociedad demandante SOCIEDAD ESPECIALISTAS ASOCIADOS S.A. la suma de \$1.155.606.713, lo anterior junto con los intereses moratorios regulados por el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011 en armonía con lo dispuesto por el artículo 141 de la Ley 1607 de 2012, a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, esto es, el interés señalado por la Superintendencia de Colombiana para las modalidades de crédito de consumo, a partir de la fecha de la presentación de las cuentas de cobro a la enjuiciada hasta que se produzca el pago de la obligación. Se ABSUELVE de las restantes pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. COSTAS a cargo de la parte demandada en el proceso se fija la suma de \$6.000.000 por concepto de agencias en derecho”* (CD 3, minuto 6:11).

Para tomar su decisión la Juez estimó que el dictamen pericial efectuado en el proceso es plena prueba de la prestación del servicio de salud por la IPS demandante en cumplimiento de una orden legal y conforme las tarifas establecidas, por lo que reconoció la totalidad de los pagos reclamados, advirtiendo que la prueba pericial no fue objetada por la demandada ni se

acreditó el pago parcial que se alegó efectuado en la contestación a la demanda. Reconoció los intereses moratorios regulados en el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, en armonía con el artículo 141 de la Ley 1607 de 2011, y negó la imposición de la multa prevista en el artículo 133 de la Ley 1438 de 2011, pues corresponde en forma privativa a la Superintendencia Nacional de Salud imponerla.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso la apoderada de SALUDCOOP EPS pide que se revoque la decisión de primera instancia. Insiste en que la sociedad demandante se hizo parte en el proceso liquidatorio con la acreencia No. 16722, en la cual reclamó alguna de las facturas cuyo pago solicita en este proceso. Afirma que (i) el trámite de dicho proceso es exclusivo concursal, universal y de obligatorio cumplimiento, (ii) se estaría vulnerando el principio de igualdad frente a los demás acreedores, y (iii) ya pagó dentro del trámite liquidatorio en favor de la IPS el 33% de las cuentas que se presentaron a cobro por concepto de servicios de salud que hubieran iniciado antes de la toma de posesión (CD 3, minuto 7:27)¹.

¹*"Su señoría teniendo en cuenta que no me encuentro conforme con su decisión, me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral con el fin de que revoque la decisión y niegue las pretensiones de la demanda. Fundamento mi recurso de apelación teniendo en cuenta que en primer lugar es necesario indicar que nos encontramos a una relación legal de índole civil en la que presuntamente la IPS SOCIEDAD ESPECIALISTAS ASOCIADOS ofrecía servicios médicos para la atención de afiliados de SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, así mismo, el demandante es importante indicar y ratificar ante el Tribunal que la parte demandante se hizo parte del proceso liquidatorio iniciado con la Resolución 2414 del 2015 con el número de acreencia 16722 dentro del cual reclamó alguna de las facturas reclamadas dentro de la demanda, otras no las cuales están relacionadas en la contestación de la demanda lo cual se tendría que verificar teniendo en cuenta que se estaría violando el principio de igualdad ante y frente a los demás acreedores que se hicieron parte del proceso liquidatorio, así mismo, se evidencia que en el proceso de liquidación el acreedor en este caso el demandante está cobrando las mismas facturas que reclamó en la acreencia 16722 por el medio del cual como lo dije ya, se hizo parte del trámite liquidatorio. Bueno es importante indicar que el Decreto 2555 el cual recoge y reexpide las normas en materia del sector financiero, asegurador y el mercado de valores y la Resolución 2414 del 2015 por medio del cual se ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar SALUDCOOP, determinaron el trámite exclusivo concursal, universal y de obligatorio cumplimiento propio de un proceso liquidatorio por lo que el proceso judicial tiene sus restricciones para su trámite y viendo la sentencia emitida por su señoría no se tuvo en cuenta, así mismo, quiero informar que la EPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN ha pagado hasta el 33% a las IPS presentando proceso liquidatorio por cuentas de servicios de salud, es decir, que estamos cumpliendo el trámite y una orden judicial pues saltaría todo el trámite concursal, yo creo que de esta manera*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que los servicios médicos cuyo pago se reclama en este expediente fueron efectivamente prestados por la SOCIEDAD ESPECIALISTA ASOCIADOS S.A. a favor de afiliados y beneficiarios de la EPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN. Así lo concluyó la juez de primera instancia y sobre esta materia no se propuso apelación por la EPS demandada.

Así las cosas y conforme a lo dispuesto en el artículo 66A del CPT, el Tribunal estudiará si procede el reconocimiento de todas las facturas cuyo pago reclama la IPS demandante para lo cual se debe definir si éstas fueron reclamadas y/o reconocidas de forma simultánea en el proceso liquidatorio que se adelanta como consecuencia de la intervención forzosa administrativa para liquidar la EPS SALUDCOOP, conforme lo dispuso la Resolución 2414 de 24 de noviembre de 2015 emitida por la Superintendencia Nacional de Salud.

Para el efecto debe advertir que el proceso liquidatorio de las EPS's es un trámite especial, preferente y reglado en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001 y en las normas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993).

Dicho Estatuto lo define como un *“proceso concursal universal, que tiene por finalidad esencial la pronta concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos”*, cuya dirección es competencia del liquidador designado quien tiene las facultades de *“aceptación, rechazo, calificación o graduación de créditos”*

y habiendo expuesto que igualmente se está cancelando y ya va el 33% del pago a la segunda clase que eso son las IPS así dejo fundamentado mi recurso de apelación su señoría, muchas gracias por escucharme, muy amable”.

mediante decisiones que gozan de presunción de legalidad y que pueden ser controvertidas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Así las cosas y dado que la entidad demandante reconoce haberse presentado al proceso de liquidación de la demandada a través de la acreencia No. 16722, y haber adelantado allí el trámite de reconocimiento de las obligaciones contenidas en varias de las facturas cuyo pago reclama en este expediente, el Tribunal excluirá de la controversia las facturas que hicieron parte de la acreencia No.16722 pues -como se dijo- sobre el reconocimiento de las obligaciones en ellas dispuestas el liquidador tenía la facultad de pronunciarse sobre la aceptación o rechazo y por ello allí se debieron tramitar.

Se debe tener en cuenta al respecto: (i) que a través de la Resolución 1974 de 14 de julio de 2017 emitida por la Agente Especial Liquidadora de SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, se concluyó que algunos de requerimientos de la sociedad demandante ESPECIALISTAS ASOCIADOS S.A. cumplieron los preceptos normativos aplicables, y por ello se reconocieron obligaciones en la suma total de \$1.129.542.769; y (ii) que al expediente se aportaron 5 comprobantes de pago efectuados por la demandada en favor de la parte actora, por la suma de \$122.155.726 (la Resolución y los comprobantes de pago se encuentran contenidos en el CD 1 del expediente).

Si bien como lo advirtió la parte actora en los alegatos que presentó por escrito en esta instancia, no es posible establecer si los pagos que hasta el momento se han efectuado corresponden a las facturas que aquí se reclaman, lo cierto es que la documentación aportada en la contestación, la confesión de la EPS demandada, y la falta de objeción o tacha de dichas pruebas por la parte actora, permiten concluir que 165 de tales facturas fueron presentadas para trámite y estudio en el proceso liquidatorio, que en virtud de dicho trámite se reconocieron acreencias por la suma total de \$1.129.542.769, y que sobre dicho monto se han efectuado pagos parciales, lo que excluye la competencia del juez laboral en este proceso declarativo de obligaciones para pronunciarse

sobre ellas. Cualquier controversia que se llegue a presentar frente a los actos administrativos proferidos por la agente especial liquidadora de SALUDCOOP EPS le corresponderá dirimirla a la jurisdicción de lo contencioso administrativo según lo establece el numeral 2, del artículo 295 del Decreto Ley 663 de 1993.

Cabe advertir que si bien el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010 permite el pago de obligaciones reconocidas en procesos judiciales que hubieran iniciado antes de la toma de posesión, (como las aportadas a este expediente si se tiene en cuenta que la demanda se presentó el 8 de septiembre de 2015 y la Resolución que dispuso la liquidación forzosa de la EPS es del 24 de noviembre del mismo año), lo cierto es que para que ello pudiera ocurrir era necesario probar cuales de las facturas presentadas a cobro (de las relacionadas en la TABLA 1) fueron rechazadas total o parcialmente dentro del proceso liquidatorio, pues de lo contrario se estarían declarando obligaciones ya reconocidas por el agente liquidador y se podría incurrir en el doble pago de las mismas, como lo alega la demandada en el recurso.

Dicho lo anterior el Tribunal determinará las facturas que se deben excluir de la controversia.

Para ello se tomaron los datos relacionados en el archivo Excel aportado con la contestación de la demanda, nominado “*DETALLE POR FACTURA ACREENCIA 16722*”, y se comparó con el cuadro de las facturas reclamadas en el escrito de demanda, encontrando coincidencia en los 165 ítems que se observan en la TABLA 1, que -como se dijo- se excluirán del debate probatorio frente a ellas se revocarán las condenas impuestas en primera instancia.

TABAL 1 (FACTURAS QUE SE EXCLUYEN DEL PROCESO)

No.	Factura	Valor
1	122958	\$5.829.179

2	125319	\$44.906.172
3	179301	\$72.400.648
4	180391	\$182.367
5	182858	\$20.466.607
6	183268	\$21.317.154
7	191071	\$11.747.966
8	207793	\$2.083.330
9	209890	\$7.765.964
10	212967	\$4.835.340
11	216355	\$14.100.268
12	218871	\$57.061.620
13	219649	\$28.471.060
14	220297	\$17.951.342
15	220626	\$2.797.089
16	220854	\$115.506.706
17	221446	\$1.327.451
18	222457	\$7.119.363
19	224248	\$36.196.416
20	248845	\$130.317.555
21	251363	\$47.966.493
22	253221	\$6.516.386
23	254267	\$257.078.292
24	254351	\$19.366.186
25	254719	\$16.001.802
26	254780	\$23.202.952
27	256088	\$10.135.505
28	256114	\$12.832.309
29	259646	\$38.700.823
30	259696	\$34.433.389
31	260575	\$780.164
32	260807	\$160.582
33	261786	\$1.054.965
34	262536	\$59.038
35	262657	\$182.132
36	262688	\$631.821
37	263341	\$5.802.924
38	265142	\$229.039
39	266615	\$56.432
40	266632	\$127.046
41	266896	\$8.529.995
42	268312	\$386.251
43	268313	\$93.246
44	268352	\$53.991
45	268832	\$182.057

46	269036	\$58.266
47	269477	\$134.652
48	269842	\$25.222.644
49	269944	\$54.050
50	270740	\$58.102
51	272073	\$152.832
52	272192	\$51.281
53	272477	\$575.604
54	272827	\$413.157
55	273356	\$492.476
56	273930	\$223.914
57	274191	\$133.186
58	274496	\$8.085.464
59	277842	\$2.718.066
60	277956	\$1.729.365
61	278473	\$174.804
62	278551	\$95.992
63	278770	\$500.857
64	279431	\$7.041.041
65	279484	\$57.656
66	279724	\$299.461
67	279840	\$154.127
68	279940	\$45.860.088
69	280045	\$2.998.786
70	280065	\$209.355
71	280110	\$227.651
72	280119	\$530.132
73	280888	\$62.887
74	281210	\$394.525
75	281800	\$275.625
76	281923	\$61.652
77	282465	\$2.666.881
78	282482	\$1.298.067
79	282894	\$171.883
80	284280	\$220.732
81	284386	\$27.389.614
82	284614	\$66.404
83	284717	\$656.247
84	284951	\$10.581.772
85	285159	\$3.647.194
86	285197	\$1.074.344
87	285462	\$221.395
88	285820	\$1.674.075
89	286176	\$91.702

90	286410	\$114.983
91	287171	\$89.378
92	287554	\$129.932
93	287556	\$50.852
94	287751	\$253.925
95	287846	\$63.313
96	287858	\$1.501.080
97	287953	\$2.705.300
98	288359	\$54.626
99	288360	\$80.347
100	288392	\$100.750
101	289942	\$19.220.835
102	292768	\$55.972
103	292769	\$179.830
104	292770	\$89.700
105	292893	\$4.020.851
106	292902	\$3.705.576
107	292931	\$3.514.554
108	292969	\$3.005.922
109	292995	\$296.482
110	293109	\$3.286.740
111	293134	\$4.850.655
112	293237	\$105.504
113	293239	\$47.484
114	293246	\$57.342
115	293248	\$349.367
116	293156	\$171.525
117	294029	\$641.918
118	294159	\$221.904
119	294179	\$58.532
120	294193	\$199.842
121	294223	\$55.053
122	294253	\$77.036
123	294687	\$1.703.719
124	294968	\$94.163
125	295481	\$102.675
126	295560	\$122.631
127	296320	\$60.467
128	296324	\$74.757
129	296415	\$317.389
130	296619	\$76.413
131	296621	\$259.776
132	296854	\$186.562
133	297320	\$126.686

134	297371	\$73.593
135	297416	\$62.419
136	298440	\$494.850
137	298441	\$151.557
138	298805	\$1.849.318
139	299299	\$2.166.354
140	299386	\$786.387
141	299891	\$504.335
142	300302	\$668.635
143	300581	\$532.914
144	300814	\$122.988
145	301147	\$34.148.275
146	301277	\$22.567.784
147	301708	\$2.147.064
148	302553	\$94.172
149	302561	\$177.384
150	302580	\$187.888
151	302849	\$99.776
152	302887	\$439.964
153	303870	\$590.551
154	304205	\$181.933
155	304376	\$746.284
156	304824	\$8.948.613
157	305337	\$933.905
158	305574	\$116.349
159	305811	\$417.604
160	305831	\$234.332
161	306008	\$2.584.629
162	306327	\$504.543
163	306663	\$302.033
164	306820	\$255.437
165	307793	\$236.803
		\$1.371.566.446

Se reconocerán entonces las obligaciones contenidas en las restantes 72 facturas que no hicieron parte del proceso liquidatorio (ver TABLA 2), cuyo monto asciende a \$46.795.286. Se debe precisar frente a ellas que la entidad demandada no propuso en su defensa argumentos de contradicción frente a la prestación efectiva de los servicios, y/o a los soportes presentados por la sociedad demandante, o sobre el cumplimiento de las reglas establecidas para su cobro, o razones específicas de glosa para la negativa de pago; menos aun se controvertió la naturaleza de la relación entre la EPS y la IPS de la que se

derivarían los pagos (contractual o extracontractual). Tampoco se propusieron en el recurso argumentos frente a las conclusiones a las que llegó la juez de primera instancia con base en el dictamen pericial que se practicó en el proceso.

TABLA 2 (FACTURAS QUE SE RECONOCEN EN EL PROCESO)

No.	Factura	Valor
1	162926	\$128.770
2	176384	\$5.168.637
3	176406	\$1.713.589
4	176594	\$128.818
5	176621	\$1.037.230
6	176685	\$90.775
7	176694	\$294.431
8	176904	\$73.995
9	176935	\$91.715
10	177204	\$242.081
11	178115	\$135.467
12	178137	\$133.744
13	178952	\$988.588
14	179214	\$483.398
15	180087	\$58.252
16	181140	\$86.489
17	182663	\$241.956
18	183127	\$2.472.874
19	183133	\$1.609.684
20	183705	\$52.881
21	185349	\$92.333
22	186327	\$125.341
23	186427	\$293.773
24	187716	\$546.484
25	188810	\$261.045
26	188861	\$99.352
27	189316	\$267.923
28	191502	\$2.525.667
29	192321	\$544.644
30	192746	\$130.986
31	193377	\$200.954
32	193383	\$138.288
33	193552	\$129.622

34	194099	\$152.605
35	194893	\$83.554
36	195001	\$50.523
37	195433	\$88.474
38	195497	\$58.488
39	201889	\$118.350
40	201919	\$49.359
41	201931	\$65.908
42	202543	\$216.189
43	203620	\$13.358.953
44	203934	\$56.357
45	204111	\$127.488
46	204502	\$204.108
47	205100	\$2.763.401
48	205133	\$108.008
49	207000	\$59.533
50	207180	\$99.439
51	207260	\$2.939.280
52	207979	\$52.061
53	216511	\$548.708
54	220044	\$84.659
55	232981	\$115.947
56	240209	\$539.025
57	241492	\$172.704
58	242396	\$51.829
59	243279	\$171.519
60	245491	\$184.036
61	248889	\$666.775
62	250406	\$150.257
63	254386	\$74.771
64	255150	\$277.190
65	256729	\$78.532
66	256730	\$460.400
67	257754	\$1.479.970
68	260543	\$100.292
69	260741	\$61.031
70	261118	\$112.038
71	261536	\$63.698
72	262721	\$160.041
		\$46.795.286

En consecuencia, el tribunal modificará la decisión dictada en primera instancia y reconocerá las obligaciones (capital e intereses) que corresponden a las facturas que se encuentran consignadas en la TABLA 2 de esta sentencia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** la sentencia de primera instancia para reconocer en favor de la SOCIEDAD ESPECIALISTA ASOCIADOS S.A. y a cargo de SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN la suma de \$46.795.286, por concepto de las 72 facturas que expone la TABLA 2 de la parte motiva de esta sentencia. Los intereses moratorios corren en la forma definida en la sentencia apelada pero únicamente sobre estas 72 facturas.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

Salvo voto



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Salvamento de voto

Respetuosamente me separo de la decisión propuesta por las siguientes razones: i. Las llamadas facturas aportadas al proceso no adquirieron la condición de títulos valores ii. En consecuencia no se cumple la condición de incorporación de derecho alguno porque fueron rechazadas por la demandada iii) No puede un dictamen pericial determinar la existencia de obligaciones que no han sido reconocidas por la parte demandada y iv) los documentos llamados facturas contienen simplemente una declaración de voluntad del acreedor que no compromete al deudor.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO ANTONIO JOSÉ GARCÍA ARIAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D. C., veintiséis (26) días de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 9 de octubre de 2020 por la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se DECLARÓ la validez de la afiliación del demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A.

Téngase a la doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, con T.P. 303.924 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ANTONIO JOSE GARCÍA ARIAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la validez de la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., y se le ordene a dicho fondo privado el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Afirma que se afilió a la AFP BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 1° de junio de 2002, que solicitó ante dicho fondo el reconocimiento de la pensión de vejez el 4 de abril de 2011, y que mediante Comité de múltiple afiliación realizado el 7 de julio de 2014 (es decir, 3 años después) se definió la afiliación del demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMD administrado por COLPENSIONES. Advierte que con el capital ahorrado en el fondo privado PORVENIR y el valor de los bonos pensionales a cargo de la Nación, COLPENSIONES, el Departamento del Valle del Cauca y el Municipio de Cali, logra acumular el capital necesario para acceder a una pensión mínima legal en el RAIS, y que por necesidad y desconocimiento solicitó ante COLPENSIONES el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Pide que se anule la decisión tomada por el Comité de múltiple afiliación, se declare la afiliación del demandante en el RAIS administrado por PORVENIR, y se ordene: (i) el traslado con destino a PORVENIR de los bonos pensionales a cargo de COLPENSIONES, la Corporación Autónoma del Valle del Cauca, el Municipio de Santiago de Cali y el Departamento del Valle del Cauca; y, (ii) el pago de la pensión de vejez a partir del 7 de abril de 2011 junto con intereses moratorios y la indexación de las condenas (ver demanda en folios 5 a 14 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado en COLPENSIONES, conforme lo definió el Comité de múltiple afiliación, y advirtió que mediante la Resolución GNR 233656 del 13 de septiembre de 2013 se reconoció a su favor indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y mediante la Resolución GNR 219294 del 22 de julio de 2015 se negó la reliquidación de dicha prestación. Propuso como excepciones

de mérito las siguientes: *buena fe de COLPENSIONES, prescripción, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho reclamado, y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 132 a 140 del expediente).

También contestó la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la AFP PORVENIR acató lo definido por el comité de múltiple afiliación, y el actor recibió de COLPENSIONES la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en el año 2013, por lo que se encuentra con una situación consolidada en el Régimen de Prima Media (RPM). Afirma que el demandante se vinculó válidamente al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A. en el año 2002, a través del formulario de afiliación No. 2002-1605084, el cual suscribió libre de presiones y engaños después de recibir información íntegra, veraz y oportuna sobre su traslado y que como consecuencia de lo definido en el Comité de múltiple afiliación se trasladaron a COLPENSIONES los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual. Propuso como excepciones la de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica* (ver contestación en folios 193 a 219).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de octubre de 2020, a través de la cual la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la validez de la afiliación del demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la validez y eficacia de la afiliación que realizó el accionante a PORVENIR el día 1° de junio de 2002, en tal virtud, se ORDENA a COLPENSIONES para que traslade y pague a PORVENIR los aportes realizados por el demandante. SEGUNDO: la excepción de prescripción SE DECLARA no probada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. TERCERO: SE DECLARA probada la excepción denominada petición antes de tiempo en relación con la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez. CUARTO: COSTAS a*

cargo de la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR, se fija la suma de \$4'000.000 distribuida en partes iguales ante las entidades antes citadas” (CD 2, audiencia virtual, minuto 15:20).

Para tomar su decisión, la Juez se remitió a las reglas establecidas en el Decreto 3995 de 2008 en materia de múltiple afiliación, y señaló que en principio éstas acreditarían la afiliación del actor en COLPENSIONES, de no ser porque solicitó ante PORVENIR el reconocimiento del derecho pensional (en el año 2011) antes de que COLPENSIONES reconociera la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (en el año 2013), y tuviera lugar el conflicto de múltiple vinculación (en el año 2014). Por ello corresponde privilegiar la voluntad que se manifestó por el accionante en dicha solicitud. Respecto del reconocimiento pensional, advirtió que no podía ser resulta por presentarse una petición antes de tiempo, pues solo procederá la valoración de la pretensión por el fondo privado cuando se haga efectivo el traslado efectivo de los aportes, oportunidad en la cual también se debe definir lo pertinente a la devolución de los dineros que recibió el demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Afirma que el demandante se debe definir afiliado en COLPENSIONES, pues si bien se trasladó al RAIS en el año 2002, en el proceso se acreditó la afiliación al ISS, hoy COLPENSIONES, en el año 2007, y efectuó cotizaciones entre los años 2007 y 2008 en el RPM, pero de todas formas -dice- el demandante recibió en el RPM la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, situación que no puede ser desconocida en sede judicial (CD 2, minuto 16:17)¹.

¹ *“Su señoría, siendo esta la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir por el despacho, fundamentado en los siguientes: No se comparte la decisión del despacho de declarar válida la afiliación realizada a mi representada la AFP Horizonte en el año 2002, toda vez que como se estableció en la parte motiva de la sentencia, se logró probar que para el año 2007 se logró*

En el recurso de COLPENSIONES pide también que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y, de forma subsidiaria, que se ordene al demandante el reintegro de los valores que recibió por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Afirma que el demandante en un acto positivo de afiliación, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y esos dineros fueron efectivamente cobrados (CD 2, minuto 17:44)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que el demandante se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES, el 18 de marzo de 1975 (ver fecha de afiliación en la historia

acreditar la afiliación al instituto de los seguros sociales hoy Colpensiones, y las afiliaciones que entre el 2007 y 2008 realizó el hoy demandante a esta entidad. Por tal motivo y en atención a los fundamentos de ley, también expuestos en este proceso, pues es importante resaltar que la multifiliación propiamente establecida se debe dar a favor de Colpensiones, nótese además que ya se pagó un dinero por motivo de la pensión de indemnización y situación pensional, pues es absolutamente modificada. En ese sentido H. Magistrados, solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el despacho y que se desestime en las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que ya la situación pensional del hoy demandante cambio y se le reconoció una indemnización sustitutiva, lo que no se puede desconocer bajo ninguna circunstancia. En ese orden de ideas, solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, en su sala de decisión laboral, que se permitan revocar en su totalidad la sentencia que se acaba y proferir por el despacho. Muchas gracias señora juez”.

² *“Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior, Sala Laboral, solicitándole revoque el fallo proferido en esta instancia, teniendo en cuenta que al definirse la situación del aquí demandante en comité múltiple vinculación, es claro que mi representa y la AFP Porvenir obraron conforme a derecho al definir que él aquí demandante debió estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida. Si bien es cierto este hizo una solicitud de reconocimiento pensional ante la AFP Porvenir, posteriormente en un acto positivo de afiliación se solicitó a mi representada el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la edad de pensión de vejez, la cual fue reconocida mediante resolución GN 233656 del 13 de septiembre de 2013. Teniendo en cuenta lo anterior, es claro y verificable el aplicativo de nómina de mi representada, se tiene que no se encuentra reintegro alguno por lo que dicho dinero fue cobrado por el aquí demandante, por lo que sería improcedente en este caso solicitar la devolución y reintegro del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad. Por lo anterior le solicito al Honorable Tribunal, en este sentido revoque el fallo y subsidiariamente en caso de considerar que no procede y que efectivamente debe estar afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, le solicito que expresamente en el fallo se indique que el demandante debe reintegrar el dinero reconocido por COLPENSIONES por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. De esa manera dejó sustentado mi recurso. Muchas gracias”.*

laboral obrante a folio 30 del expediente); (ii) que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) a través de formulario de afiliación suscrito el 8 de abril de 2002 ante la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (ver folio 221); (iii) que mediante la Resolución GNR 233656 de 13 de septiembre de 2013 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reconoció a favor de ANTONIO JOSE GARCÍA ARIAS la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía de \$16.994.162 (obran en el expediente administrativo CD 1); y (iv) que en Comité conformado el 7 de julio de 2014 por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. se dirimió el conflicto de múltiple vinculación del demandante y se definió su afiliación en el RPM administrado por COLPENSIONES (ver folios 93 y 94).

La demanda que dio inicio al presente proceso persigue la anulación de lo definido por el Comité de múltiple afiliación el 7 de julio de 2014, a fin de que se declare que el demandante se encuentra afiliado en el RAIS administrado por PORVENIR S.A., y pueda con ello acceder a la pensión de vejez, o a las prestaciones a las que haya lugar en dicho régimen.

Para resolver la controversia el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, permiten a los afiliados al Sistema General de Pensiones la libre escogencia del régimen pensional, y la posibilidad de trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada tres (3) años³. Advierten las normas que, en caso de presentarse una situación de múltiple vinculación, será *“válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria”*, pues es dicha entidad la que debe asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez,

³ Este término se amplió a cinco (5) con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, y se dispuso la limitación del derecho a la libre escogencia de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión.

vejez y muerte del afiliado. Dicho criterio normativo fue reiterado en el artículo 2º del decreto 3995 de 2008, norma incorporada en el Decreto 1833 de 2016 que compila las reglas del Sistema General de Pensiones.

Sobre esta materia se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En la sentencia SL 4777 de 2019, esa Corporación concluyó que *“de cara a lo dispuesto en las normas legales y reglamentarias que gobiernan el tema, la vinculación que cumple con las condiciones y requisitos legales es la que determina para el afiliado el derecho a reclamar las prestaciones cuando ocurra el correspondiente siniestro asegurado. Al mismo tiempo, esa vinculación genera la correlativa obligación de la entidad administradora de cubrir el riesgo. Como no puede haber sino una afiliación válida, la expresión múltiple vinculación, en este caso, no pasa de ser una suerte de explicación gráfica. El pago equivocado de las cotizaciones a una entidad administradora no produce la consecuencia jurídica alegada por la demandada PORVENIR y en el orden puramente administrativo se resuelve con la devolución de las cotizaciones”* (M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN, citada a su vez en la sentencia SL 3685 de 2020).

Con fundamento en los anteriores presupuestos normativos y jurisprudenciales, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que declaró la validez de la afiliación del demandante en el RAIS administrado por PORVENIR S.A. (antes BBVA HORIZONTE), dado que la última afiliación válida que realizó dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones cumpliendo los requisitos legales y en uso de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, fue la que se hizo el 8 de abril de 2002 ante la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR - ver folio 221).

Contrario a lo afirmado por el apoderado de PORVENIR, no se demostró en el proceso que con posterioridad a dicha data el actor hubiese manifestado su voluntad de retornar nuevamente al RPM, pues si bien en la historia laboral de COLPENSIONES aparecen periodos de cotización entre los años 2007 y 2008, revisadas las historias laborales del expediente administrativo (CD1) se

pudo constatar que dichas semanas fueron pagadas en el RAIS y posteriormente devueltas a COLPENSIONES, y que para el cálculo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida por dicha entidad a favor del demandante no se incluyeron las semanas cotizadas al Sistema con posterioridad a su traslado de régimen pensional (solo se tuvieron 188 semanas, y no las 224,3 que aparecen reportadas en la historia laboral obrante a folio 30). Para poder llegar a una conclusión contraria, COLPENSIONES debió aportar el formulario de afiliación diligenciado en el cual constara la decisión del demandante de retornar y permanecer afiliado en el RPM, dicho documento es la prueba idónea para reconocer la validez de una vinculación, en los términos del artículo 11º del Decreto 692 de 1994.

El pago equivocado de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES en el año 2013 no produce la consecuencia jurídica que pretenden las demandadas en el proceso (anular la afiliación válida en el RAIS), pues además de carecer de idoneidad para consolidar su situación pensional en el RPM, a los afiliados no se les pueden cargar los errores en los que incurren las administradoras de pensiones, máxime si con dichos errores se afecta su expectativa pensional: en el caso bajo estudio, existe la posibilidad de completar, con el bono pensional a cargo de la Nación, el capital que se requiere para acceder a una pensión de vejez.

Cabe resaltar que mediante la Resolución 117 de 17 de junio de 2013 COLPENSIONES reconoció bono pensional a favor del demandante (es decir, casi tres meses antes de reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a través de la Resolución GNR 233656 de 13 de septiembre de 2013), el cual fue efectivamente pagado a PORVENIR S.A. y posteriormente anulado a través de la Resolución 205 de 28 de octubre de 2014 (CD 1 – expediente administrativo). Ello no solo deja en evidencia los errores en los que incurrieron ambas demandadas en el reconocimiento pensional del actor, sino también que el Comité de múltiple vinculación que se adelantó entre ambas demandadas pretendió convalidar dichas equivocaciones.

Si bien el demandante hizo solicitudes de reconocimiento pensional en el RPM⁴ y posteriormente de reliquidación, también las hizo en el RAIS ante la AFP HORIZONTE pidiendo que se reconociera su derecho pensional y que se procediera con el pago del bono pensional por COLPENSIONES. Adicionalmente se aportó la sentencia de una acción de tutela promovida por el demandante contra del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y el ISS, que terminó con decisión proferida el 13 de septiembre de 2012 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que amparó sus derechos fundamentales y le ordenó al ISS hoy COPENSIONES que remitiera la historia laboral definitiva de ANTONIO JOSE GARCIA ARIAS a la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a fin de que se diera trámite a la liquidación del bono pensional (de ser el caso) y con ello pudiera acceder a la pensión de vejez en la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR (ver sentencia de tutela en folios 97 a 107 del expediente).

La Sala no encuentra mala fe en la actuación del demandante, pues en las solicitudes que presentaba ante COLPENSIONES reclamando la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez le informaba que también había solicitado dicha indemnización ante PORVENIR bajo el entendido de que debía elevar las reclamaciones en cada una de las administradoras en las que efectuó sus aportes durante la historia laboral (ver reclamaciones de 25 de agosto de 2014 y 19 de mayo de 2016 en el expediente administrativo – CD 1).

Por todo lo dicho se confirmará la sentencia dictada en primera instancia, advirtiendo que bien puede la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES adelantar las acciones pertinentes para reclamar la devolución de los valores pagados a título de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, materia que no puede ser definida en esta

⁴ El 2 de agosto de 2010 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, el 9 de marzo de 2011 solicitó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y el 28 de agosto y 26 de diciembre de 2014, y el 20 de mayo solicitó la reliquidación de esta última prestación.

instancia si se tiene en cuenta que dicha entidad no elevó pretensiones mediante demanda de reconvención en este sentido, ni propuso la excepción de compensación que no se puede declarar de oficio conforme a lo establecido en el artículo 282 del CGP.

COSTAS en la apelación a cargo de ambas demandadas.

Por 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

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SETECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$700.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [unclear]'. The signature is stylized and somewhat illegible.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE SAIR ROLANDO CHAPARRO FLORIAN
CONTRA TEAM FOODS COLOMBIA S.A., UTILIZA TAMBIEN LAS
SIGLAS ACEGRASA S.A, TECNOLOGÍA EMPRESARIAL DE ALIMENTOS
TEAM S.A., Y FAGRAVE S.A.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia dictada por la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SAIR ROLANDO CHAPARRO FLORIAN presentó demanda contra la sociedad TEAM FOODS COLOMBIA S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ilegalidad del proceso que adelantó la empresa demandada del cual se derivó su despido. Como consecuencia de lo anterior pide que se ordene el reintegro al mismo cargo que ocupaba al momento del despido o a uno de iguales condiciones laborales, y se condene a TEAM FOODS COLOMBIA S.A. a pagar salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social y demás acreencias laborales legales y extralegales, causados entre la fecha del despido y a la fecha en que se produzca el reintegro, lo que se demuestre

extra y ultra petita, y las costas procesales. Subsidiariamente pide que se condene al pago de indemnización por despido sin justa debidamente indexada, y la indemnización contenida en el artículo 65 del CST.

Como fundamento de lo pedido afirma que se vinculó a la empresa demandada el 1° de noviembre de 2004 mediante contrato de trabajo a término indefinido, devengó como último salario integral la suma de \$39.527.500 mensuales, y para la fecha del despido ocupaba el cargo de DIRECTOR DE MARCAS DE CANAL PLASTICO Y PRO. Aduce que el 26 de diciembre de 2017, después de una citación irregular a descargos y sin respetar el debido proceso, fue despedido alegado como justa causa que no se había cumplido un plan de acción al cual se había comprometido. Afirma que no pudo objetar las pruebas aducidas en su contra en la diligencia de descargos, pues la cita le fue enviada el día anterior a la diligencia (21 de diciembre de 2017) y no pudo ejercer en debida forma su defensa. Señala que se le endilgaron incumplimientos de normas de contabilidad internacional (NIF y NIC 16, NIC 17), Políticas de Pasivos Estimados y Provisiones a Notas Crédito, situaciones que obedecen a manejo contable que no tenía a su cargo. pues tenía funciones netamente comerciales y su título universitario es de Ingeniería (folios 1 a 17).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por TEAM FOODS COLOMBIA S.A. mediante apoderada quien admitió unos hechos, y se opuso a las pretensiones afirmando que el trabajador fue despedido con justa causa por las razones expuestas en la carta que puso fin al contrato. Aduce que es irrelevante que el demandante tuviera o no conocimientos contables pues durante muchos años efectuó las provisiones respectivas, y que en el cargo que ostentaba, conforme a las Políticas de Pasivos Estimados y Provisiones, lo obligaba a debía hacer estimados para reportar las provisiones al Área Contable de la compañía y registrar las notas crédito de cada mes una vez realizada la venta, lo que no hizo. Señala que el actor conoció oportunamente todas las pruebas que sirvieron de fundamento al proceso disciplinario, particularmente el informe de auditoría del 19 de

septiembre de 2017 y las diligencias que se desprendieron de dicha auditoría, y que su despido ocurrió por la falta de diligencia, control y supervisión respecto de la estimación de gastos (provisiones y notas crédito) asociados a las ventas que eran reportadas por la unidad de negocios a su cargo que ocasionaron la subestimación de provisiones en valores altísimos. Finalmente señala que no procede el reintegro pues el Reglamento de Trabajo no consagra un procedimiento especial para despedir a los trabajadores, y que la sentencia C- 593 de 2014 no aplica al caso pues no se impuso una sanción y el contrato finalizó por despido con justa causa. Propuso como excepción previa *ineptitud de la demandada por falta de requisitos formales y de fondo, inexistencia de las obligaciones que se pretende deducir en juicio a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, pago, buena fe de la demandada y mala fe del demandante, prescripción, compensación y la genérica.* (folios 108 a 126).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de diciembre de 2020, mediante la cual absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión, encontró probada falta de diligencia y control del demandante en la estimación de gastos, provisión y notas crédito, que tenía a su cargo, lo que afectó la realidad presentada en los estados financieros mensuales de la empresa y generó la alteración de la unidad de negocio con una subestimación de gastos y provisiones en valores que superaron diez mil y dieciséis mil millones lo que constituye una falta grave. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la accionada TEAM FOODS COLOMBIA S.A De las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva en la presente decisión. COSTAS a cargo de la parte demandante que fue vencida en el proceso, se fija la suma de un millón quinientos mil pesos (\$ 1.500.000) por concepto de agencias en derecho.”* (Cd. 4 Min 12:35).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante afirma que no se demostró que el demandante tuviera las funciones que se le endilgan omitidas pues del informe de auditoría se deduce que los responsables de los planes de acción son los Vicepresidentes y Country Managers, y sus funciones eran eminentemente comerciales. Afirma no se analizaron las irregularidades del procedimiento disciplinario que desconoció lo señalado en la sentencia C-593 de 2014 y vulneró el debido proceso pues no se respetó la presunción de inocencia ni el derecho a ejercer una adecuada defensa¹.

¹ *“Gracias su señoría, con su venia entonces procedo a interponer, a sustentar el recurso de apelación, respecto de la sentencia proferida por este honorable Despacho. En primera instancia, su señoría, considera respetuosamente este apoderado que no se efectuado una valoración probatoria debida, como quiera que dentro del proceso no queda probada la configuración de una presunta falta, en tanto, por el contrario, conforme al despliegue y el ejercicio probatorio que se realizó, que se llevó a cabo dentro de este proceso quedó probado de manera clara e inequívoca varios aspectos, tales como el que reposa en el informe auditoría, con base en el cual se establece que con base en el marco del control de la organización los vicepresidentes y country managers, son los directos responsables del seguimiento de los planes de acción comprometidos durante el proceso de auditoría, luego, es imperativo mencionar a su señoría que conforme a lo que ya se estableció, nada dista más de la realidad en lo afirmado por este Despacho en el sentido de que las funciones de mi representado se alejan de un aspecto meramente, de un aspecto eminentemente contable para circunscribirse exclusivamente a un despliegue una actividad de carácter comercial. De igual manera, considera este apoderado de manera respetuosa, que el Despacho no hace un análisis sobre el procedimiento disciplinario llevado a cabo, en tanto, conforme a la sentencia C 593 de 2014, la consecución de un proceso de carácter disciplinario necesariamente conlleva la realización o la observancia de principios fundamentales, tales como el debido proceso, presunción de inocencia, derecho a ejercer una adecuada defensa, principio de inmediatz y el principio de inmediación de la prueba, entre otros. Así las cosas, su señoría, es importante tener de presente, primero, aspectos tales como, la entidad demandada bajo ninguna circunstancia de manera siquiera sumaria ha probado o allega a este Despacho reglamento interno de trabajo para establecer cuál es el proceso para la, para que conduzca obviamente al despliegue de este proceso disciplinario, que viene en un despido injustificado. De igual manera, la situación que se hace, se hace el día 21 de diciembre, al término de la jornada laboral, para realizar la diligencia el día 22 de diciembre, con lo cual, pues no le dan un término ni siquiera razonable y lógico para poder establecer su defensa, de igual manera, no puede dejar de lado este Despacho y pues ya ahorita, en sede de segunda instancia del honorable Tribunal, que el término inicialmente otorgado para subsanar los presuntos hallazgos que nunca fueron aceptados ni probados, fue hasta diciembre del año 2017, diciembre tiene 31 días, perdón 31 días, lo que quiere decir, que no respetó ni siquiera los parámetros fijados la empresa TEAM FOODS Colombia en calidad de entidad demandada, porque, porque el despido se produjo hasta el día 26 de diciembre, pasando por encima por los parámetros por ella misma fijados, de igual manera, su señoría, el registro de las notas contables, tal y como quedó probado, es una actividad que es inherente a otro departamento, completamente aparte y*

Conforme lo establece el artículo 66A del CPT el Tribunal solo puede estudiar las materias sobre las cuales versó el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de discusión en este proceso la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de noviembre de 2004 y el 26 de diciembre de 2017 en el cargo de *DIRECTOR DE MARCAS DE CANAL PLASTICO Y PRO* con salario integral mensual de \$39.527.500. Estos hechos se corroboran además con los documentos de folios 38, 39, 55 a 57, 69, 76 y 126 a 134 y 148.

El Tribunal debe definir (i) si procede el reintegro del demandante por afectación del debido proceso en el trámite de su despido, y (ii) si dentro de

completamente ajeno al cargo de director de marcas de canal y proteicos, es importante señalar que aquí tampoco se produjo ningún tipo de afectación por parte de mi representado hacia la entidad demandada, es más, todas las afirmaciones que realizó en sede de interrogatorio de parte el representante legal, el segundo suplente de la empresa de la entidad demandada, fueron completamente falsos al afirmar que se produjo un presunto perjuicio en contra de la compañía, nunca fueron probadas, en igual sentido, con el debido respeto, debo manifestar a su señoría, que en ningún momento su señoría adelantó el interrogatorio de parte hacia mi representado, pese a que había sido decretado, una cosa es que, en su momento la señora, la doctora apoderada de la entidad demandada desistió, pero pues no se le dio tampoco la oportunidad a mi representado de poder ser interrogado por parte de su señoría, necesariamente su señoría, también debo señalar que, durante la realización del procedimiento disciplinario llevado a cabo en contra de mi representado, se vulneraron principios como la, el de la imparcialidad y el debido proceso, porque, tal y como usted lo dice, la persona que firma el reporte, el informe de auditoría que es el señor Jorge Ricardo Rojas y tal y como se manifiesta, tuvo una participación directa y activa en todo momento, en donde, en la diligencia descargos lo único que hace, es simplemente ya emitir un prejuizgamiento, en dónde pues claramente, ya se estaba estableciendo una presunta comisión de una falta completamente inexistente y buscando una responsabilidad, endilgando en una responsabilidad a mi cliente, que desde ningún punto de vista le cabe. De tal suerte, su señoría, con base en los argumentos expuestos, consideró que no tomó en cuenta este Despacho todos los elementos de modo, de tiempo y de lugar, los elementos probatorios ilegales. con qué se basó, en qué se basó el libelo demandatorio para proferir una sentencia. Así las cosas. ruego al honorable Tribunal, a la Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, se sirva revocar la demanda y él, y él y por el contrario conceder todas y cada una de las pretensiones incoadas dentro del escrito de demanda. Muchas gracias su señoría”.

las funciones asignadas en el contrato estaba la que se endilgó incumplida por parte de la demandada.

(i) Para lo primero debe el Tribunal precisar que la sentencia C- 593 de 2014 dispuso, con base en el principio de legalidad *de la pena* y con efectos de cosa juzgada constitucional, la necesidad de agotar el proceso que define el reglamento interno de trabajo como condición de eficacia de las sanciones que impone el empleador dentro del trámite disciplinario de sus trabajadores. En ejercicio de la facultad disciplinaria (sobre el cual se pronunció la sentencia referida en el recurso) el empleador puede imponer sanciones para mantener el orden en el sitio de trabajo (multas, suspensiones, etc.).

Cosa distinta ocurre cuando el empleador ejerce una facultad que la Ley le otorga para terminar unilateralmente el contrato de trabajo (despido), pues en esta situación y por mandato del artículo 1542 del CC (condición resolutoria tácita) la ausencia de una justa causa impone el pago de las indemnizaciones que la Ley tasa para el despido injusto, y no el reintegro del trabajador, a menos que exista algún fuero legal o convencional que ampare su estabilidad, como el fuero sindical.

.Sobre la adecuada distinción del despido y la sanción disciplinaria se ha pronunciado reiteradamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ente otras en la sentencia SL 15245 – 2014 a cuyo contenido nos remitimos².

² SL 15245 – 2014. M.P JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ-“ *En asuntos de similares características a los que son objeto de controversia, la Corte ha precisado con insistencia que el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y, en consecuencia, aquel no tiene que estar sujeto a un trámite previo, salvo que tal exigencia se hubiera pactado en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral, situación que no es la acontecida en el sub iudice. Para el efecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 22 de abril y 13 de marzo de 2008, radicaciones 30612 y 32422, respectivamente, en las que se dijo: “Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa.” La jurisprudencia de la Corte ha precisado que la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario; así se dijo, por ejemplo, en las sentencias del 10 de agosto de 2000, radicación, febrero 19 de 2002, radicación 17453 y julio 25 de 2002, radicación 17976, entre otras”.*

Como no se alegó ni se demostró por el demandante (quien tenía la carga procesal en este aspecto) que las partes en el contrato de trabajo hubieran dispuesto un procedimiento previo para el despido y que su agotamiento lo hiciera ineficaz, se confirmará la decisión apelada en cuanto negó la pretensión principal de la demanda orientada a obtener el reintegro.

(ii) Para definir si la decisión unilateral de terminación del contrato de trabajo del actor se soportó o no en una justa causa legal, hecho del cual depende el pago de la indemnización que tasa la ley y que reclamó el demandante como pretensión subsidiaria, la legislación laboral colombiana establece, en el artículo 62 del Código Sustantivo y en forma taxativa los hechos o conductas de alguna de las partes que permiten a la otra la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. Disponiendo su parágrafo, además, que *“la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

En lo que interesa a los argumentos del recurso, la demandada adujo en la carta de despido incorporada en folios 55 a 59, que el demandante incurrió en falta grave por *“(…) los hechos que le fueron precisados el 21 de diciembre de 2017 las cuales fueron presentadas el 22 de diciembre de 2017 (….)se pudo determinar que en el ejercicio de sus funciones como DIRECTOR DE MARCAS DE CANAL Y PROTEICOS, incurrió en faltas graves debido a la falta de diligencia y control respecto de la estimación de gastos (provisiones y notas crédito) asociados a las ventas que eran reportadas por la Unidad de negocios a cargo, lo cual había generado una subestimación de provisiones para el año 2017 respecto de tres clientes que corresponden a su unidad de negocio, lo cual afectó la realidad presentada en los estados financieros mensuales de la empresa y generando una alteración a los resultados de la unidad de negocio a su cargo, por no registrarse en su totalidad el gasto real para cada mes, cuando era su*

obligación y responsabilidad como director conocer, revisar y autorizar los datos relacionados a las ventas y el gasto corresponde a las mismas, entiéndase las provisiones a realizar y/o notas crédito a reportar.(...)"

Esta conducta se enmarca en el numeral 6° del literal a) del artículo 62 del CST, que autoriza la terminación del contrato de trabajo cuando el trabajador incumple en forma grave las obligaciones que exponen los artículos 58 y 60 del CST, o las obligaciones o deberes que se comprometió en forma específica a cumplir respecto de un empleador determinado, autorizando la definición en el contrato de trabajo o en reglamento interno de prohibiciones u obligaciones especiales del trabajador cuya inejecución o incumplimiento se consideran graves para las partes del contrato.

Una vez revisado el expediente frente a los argumentos que expone el recurso, el Tribunal confirmará también la decisión apelada en cuanto negó el pago de indemnización por despido injusto, pues se demostró que dentro de las obligaciones inherentes al cargo que ocupaba el demandante como DIRECTOR DE MARCAS Y PROTEICOS estaba el *"conocer, revisar y autorizar los datos relacionados a las ventas y el gasto corresponde a las mismas, entiéndase las provisiones a realizar y/o notas crédito a reportar"*.

El reporte de auditoria de 19 de diciembre de 2017 (folios 151 a 165) demuestra que se presentó una subestimación de provisiones comerciales para el mes de julio de 2017 que ascendía a \$9.257.129.656, correspondientes a los clientes LUKER, ALTIPAL, y DISTRIBUIDORA PASTOR JULIO DELGADO, hecho sobre el cual el equipo del demandante se comprometió a revisar los datos entre septiembre de 2017 y diciembre de 2017, y a realizar los ajustes respectivos. También se demostró con el documento *"Descriptivo del Cargo – Director Marcas de canal Plásticos y Pro"* (fl.200 y 201) que el demandante tenía como responsabilidades *"Diseñar, dirigir y ajustar las estrategias que permitan desarrollar los negocios de marcas de canal, plásticos y proteicos de tal forma que estos contribuyan al cumplimiento de los objetivos de sostenibilidad, rentabilidad y*

crecimiento de la organización”, y para ello debía *“Proponer estrategias de abastecimiento y riesgo”* y *“Asegurar los niveles de rentabilidad establecidos para garantizar el cumplimiento de los objetivos definidos, Cumplir los planes de acción de auditoría interna y mapa de riesgo”*. Obra además el texto denominado POLITICA CORPORATIVA DE PASIVOS ESTIMADOS Y PROVISIONES de la compañía, en el cual se discriminan las responsabilidades de cada área frente a la cuantificación y justificación de las provisiones que se consideren necesarias en el normal desarrollo de sus actividades (folios 190 a 199).

De estos documentos resulta claro para la Sala que dentro de las funciones asignadas al demandante como *Director* de su equipo, estaba la de revisar y actualizar y autorizar los datos relacionados con las ventas y con el gasto correspondiente a las mismas, dentro de las cuales está inmerso el control de las provisiones a realizar y/o notas crédito.

Sobre la materia resulta particularmente claro el testimonio que rindió la testigo de la parte demandante CLAUDIA PATRICIA LARGO (Cd 3 Minuto 23:02) quien fue Coordinadora Comercial en la empresa demandada y de quien el actor fue líder durante 8 años. Señaló que la DIRECCIÓN DE MARCAS *“debía velar porque las condiciones comerciales fueran ejecutadas y sobre el final del mes se hacia revisión y conciliación”*, explicando que los coordinadores reportaban la conciliación a la Gerente Administrativa, ella procesaba la información y la pasaba al Director, quien también revisaba las liquidaciones para que todo cuadrara y cuando las ventas reportaban un incremento de las *notas* el Director debía pedir la justificación pertinente, pues finalmente era él quien emitía la aprobación y las enviaba cuando estaban plenamente validadas.

En este contexto no cabe la justificación aducida en el recurso y expresada al absolver las preguntas del interrogatorio rendido en descargos: *PREGUNTA 11. ¿Sirvase informar si como DIRECTOR DEL ÁREA DE CANALES la responsabilidad del área es suya? RESPUESTA. Respondo por el área más*

no por las actuaciones de las personas que trabajan conmigo y tomé decisiones con la información que me fue reportada” PREGUNTA 12. ¿Sírbase informar la información reportada? RESPUESTA: A fin de mes me llega un archivo consolidado, los coordinadores comerciales reportan al área de administración ventas las notas crédito que hay por pagar a clientes, ahí se arma un archivo consolidado que me pasan a mi sobre las notas y sobre esas notas yo las apruebo, pero no audito los valores. Yo parto de un principio de confianza de las personas que trabajan conmigo. PREGUNTA 13. ¿Cuál es la razón para que la subestimación de provisiones, que a 31 de julio de 2017 estaba por COP \$10.212.747 y acorte de 31 de octubre de 2017 estuviera COP \$ 16.029.768.383, según revisión realizada por Auditoría y confirmada por el área de los clientes? RESPUESTA. El saldo de los COP \$16.029.768.383 no corresponde 100 porciento a mi negocio.”

Además, se demostró con los testimonios y documentos aportados, que el procedimiento a cargo del demandante lo venía realizando él mismo desde antes, y que si bien no era contador sí tenía conocimientos en “*Finanzas, negociación, mercadeo, planeación estratégica y conceptos macroeconómicos*”, (folio 200) claramente relacionados con su formación académica.

Al respecto declaró SANDRA MARÍA JIMENEZ –Directora de Relaciones Laborales- (Cd 3 Audio 2 Minuto 08:58) quien indicó que la función del demandante era muy importante en la empresa ya que tenía a cargo el grupo de coordinadores comerciales y coordinadores de venta (que se encargaban de todos los temas financieros, registro de diferentes temas, como iba el negocio, temas contables y de registro). Dijo que el actor debía registrar y aprobar todos los reportes y las conciliaciones contables que le pasaban los integrantes de la unidad de grupo a cargo, y aseveró que la subestimación de provisiones era responsabilidad de la área encargada al demandante y que los DIRECTORES de la compañía deben hacer la revisión de la dinámica de precios, del crecimiento de la rentabilidad del negocio, y de la gestión de provisión, teniendo en cuenta la rentabilidad del negocio, la definición de

precios, y las instrucciones contables. Afirmó que al aceptar el cargo de *Director* el demandante debía tener presente la responsabilidad que asumía, y que no se le puede endilgar la responsabilidad de lo que sucedió a cargos de inferior jerarquía pues los Directores deben controlar y revisar el negocio. Esta testigo ratificó que en la auditoria de septiembre de 2017 se evidenció la subestimación de provisiones *altísima* -diez mil millones de pesos- y al realizar otra verificación en octubre del mismo año las provisiones habían aumentado a dieciséis mil millones de pesos³. También explicó que, aunque el plazo que se había dado al actor para los ajustes era el 31 de diciembre de 2017, el 26 de diciembre se encontró que era imposible que en 4 días se ajustaran unas provisiones tan altas y pues además se verificó que para el 31 de octubre -luego de la auditoria inicial- las provisiones habían continuado en aumento (ver folios 170 a 173) por el incumplimiento del demandante de la Política de Pasivos Estimados y Provisiones, la sub-estimación de provisiones había aumentado a COP \$16.029.768.383. Aunque dijo que no le constaba si el actor tenía capacitación contable, si afirmó que los Directores siempre están en capacitaciones para las funciones del cargo que ostentan y que deben conocer y conocen muy bien la “*Política de manejo y Provisión*” que se utiliza en la empresa TEAM FOOD.

Si bien se propuso tacha de parcialidad sobre SANDRA MARÍA JIMENEZ por haber participado en el proceso de descargos del demandante, esta sola circunstancia no descalifica su dicho. Además, la parte actora también pidió la declaración de esta deponente y las afirmaciones que hizo son claras y precisas sobre hechos de los cuales tuvo conocimiento directo, y coinciden con las pruebas documentales arrimadas al expediente, por lo cual su testimonio es una prueba útil para resolver la controversia.

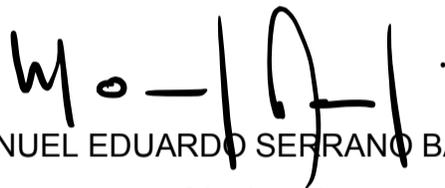
Costas en la apelación a cargo del demandante.

³ La testigo a través de ejemplos ilustró de que se trataba la Sub estimación de provisiones: Indicó que es el registro que permite ver la realidad de un negocio, y se deben hacer en el período determinado en que se causan pues es necesario para cubrir el gasto que ya se efectuó. Ejemplo: Se tienen que pagar unos asesores laborales en el mes de febrero y no pasan la factura, se debe a fin de mes de febrero provisionarlo, es decir, sí está ese gasto, pero no ha salido la plata. Por eso debe registrarse para tener control y conocer la REALIDAD DEL NEGOCIO.

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

ACLARO VOTO

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$200.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO ACUMULADO DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS SA Y MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS SA (en calidad de cesionaria) CONTRA LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES- (Sucesor Procesal de la NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL)

Bogotá D. C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, y para estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2019 por el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se condenó a la ADRES a pagar a favor de la EPS SANITAS SA la suma de \$261.519.927 por la prestación de servicios médicos NO POS en cumplimiento de fallos de tutela o por autorización del Comité Técnico Científico de la EPS.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, la EPS SANITAS S.A y MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A. (en calidad de cesionaria) presentaron demanda contra la

NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene el pago de los perjuicios causados por la falta de reconocimiento de 866 solicitudes de recobro por servicios médicos y procedimientos NO POS suministrados a favor de sus afiliados entre octubre de 2009 y julio de 2011, en cumplimiento de fallos de tutela o por aprobación del Comité Técnico Científico de la EPS, los cuales se encuentran a cargo de la subcuenta de compensación del FOSYGA dado que no se estaban incluidos en las Unidades de Pago por Capitación – UPC y fueron prestados a través de IPS's de su red prestadora de servicios. Afirma que se agotó el trámite administrativo frente a cada recobro y no se obtuvo el pago efectivo o la devolución de los dineros que canceló a las IPS por la prestación de dichos servicios, con fundamento en las siguientes glosas: *“(i) los valores objeto de recobro ya fueron pagados por el FOSYGA, o (ii) como consecuencia del acta de CTC o del fallo de tutela se incluyeron prestaciones contenidas en los planes de beneficios”*.

Piden el pago de la suma total de \$212.842.994 discriminados así: (i) \$28.486.994 a COLSANITAS S.A. en calidad de cesionaria de la EPS SANITAS de algunos créditos a cargo del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, y (ii) \$184.355.99 a favor de la EPS SANITAS. Adicional a lo anterior piden el reconocimiento de \$21.284.299 por concepto de gastos de administración, equivalente al porcentaje del 10% sobre dichas sumas el cual se toma por analogía de los gastos de administración dispuestos en la normatividad a cargo de las ARL por los servicios médicos asistenciales derivados de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo que prestan las EPS, junto con los intereses de mora establecidos en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, y la indexación de las condenas (ver demanda en folios 2 a 87 y adecuación en folios 153 a 176 del cuaderno principal).

Mediante providencia dictada el 18 de junio de 2015 por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, se dirimió el conflicto negativo de competencia que se suscitó entre el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá y el Juzgado Treinta y cinco Administrativo del Circuito de

la misma ciudad (Sección Tercera), y se asignó el conocimiento de la demanda a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral (ver cuadernos del Consejo Superior de la Judicatura).

La NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, mediante apoderado contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la suma de \$213.083.015 fue glosada por la persona competente para hacer la auditoría de los recobros, pues los pagos que se reclaman corresponden a servicios de salud cuya prestación hace parte del Plan Obligatorio de Salud (POS) y por ello se encontraban previamente financiados por la UPC (Unidad de Pago por Capitación), y advirtió que conforme la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional el POS no puede entenderse como un listado taxativo de actividades, intervenciones y procedimientos médicos, y a menos de que exista una exclusión expresa, el servicios médico, insumo médico quirúrgico o dispositivo biomédico se debe entender incluido en él. Además, considera improcedente aplicar el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002 para reconocer intereses moratorios en materia de recobros y, de todas formas, dice que no se podría impartir esta condena junto con la indexación pues ello implicaría un doble pago por la misma causa. Propuso como excepciones previas las de *falta de jurisdicción y competencia, prescripción y falta de integración de litisconsorcio necesario*, y propuso como excepciones de mérito las siguientes: *culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación e indebida escogencia de la acción* (ver contestación folios 223 a 264 del cuaderno principal).

Mediante providencia dictada el 13 de junio de 2016 el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dispuso acumular al presente proceso los procesos

cuyo trámite se adelantó bajo los radicados No 2014-00634¹, 2015-00224² y 2015-00745³, por cumplir con los preceptos del artículo 148 del Código General del Proceso (ver folios 441 a 443). Y mediante auto de 16 de noviembre de 2017 aceptó tener a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES como sucesor procesal del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y en el Decreto 1432 de 2016, modificado por el Decreto 547 de 2017 (ver folio 485).

Mediante memorial allegado el 3 de febrero de 2017 el Representante Legal para Asuntos Judiciales de la EPS SANITAS S.A. manifestó su desistimiento de la mayoría de los recobros que se reclamaron dentro de cada uno de los expedientes acumulados, y limitó el objeto de litigio únicamente a 98 recobros conforme un listado que presentó, cuyo capital asciende a la suma total de \$261.755.887, más los gastos de administración que equivalen a la suma de

¹ En este proceso la EPS SANITAS SA promovió demanda ordinaria laboral contra el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en la cual reclama el pago de 25 solicitudes de recobro por servicios médicos y procedimientos NO POS suministrados a favor de sus afiliados, en cumplimiento de fallos de tutela o por aprobación del Comité Técnico Científico, los cuales ascienden a la suma de \$244.356.250, más el 10% por gastos de administración, los intereses moratorios dispuestos en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 y la indexación de las condenas (ver folios 92 a 104 del cuaderno principal – expediente No. 2014-634). La demanda fue radicada el 15 de noviembre de 2013 (ver folio 44 ibídem).

² En este proceso la EPS SANITAS SA promovió demanda ordinaria laboral contra el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en la cual reclama el pago de 19 solicitudes de recobro por servicios médicos y procedimientos NO POS suministrados a favor de sus afiliados, en cumplimiento de fallos de tutela o por aprobación del Comité Técnico Científico, los cuales ascienden a la suma de \$59.136.199, más el 10% por gastos de administración, los intereses moratorios dispuestos en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 y la indexación de las condenas (ver folios 172 a 213 del cuaderno principal – expediente No. 2015-224). La demanda fue radicada el 26 de abril de 2013 (ver folio 34 ibídem).

³ En este proceso la EPS SANITAS SA promovió demanda ordinaria laboral contra el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en la cual reclama el pago de 183 solicitudes de recobro por servicios médicos y procedimientos NO POS suministrados a favor de sus afiliados, en cumplimiento de fallos de tutela o por aprobación del Comité Técnico Científico, los cuales ascienden a la suma de \$231.393.596, más el 10% por gastos de administración, los intereses moratorios dispuestos en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 y la indexación de las condenas (ver folios 2 a 74 del cuaderno principal – expediente No. 2015-745). La demanda fue radicada el 31 de julio de 2015 (ver folio 303 ibídem).

\$26.175.588. Dicho desistimiento fue ratificado en la primera audiencia celebrada el 14 de marzo del mismo año (CD 7).

Terminó la primera instancia con sentencia de 24 de septiembre de 2019, a través de la cual el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá condenó a la ADRES a pagar \$261.519.927 por los recobros que corresponden a tecnologías y servicios médicos NO POS, en cumplimiento de fallos de tutela o por autorización del Comité Técnico Científico, a favor de los afiliados o beneficiarios de la EPS SANITAS S.A. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a ADRES como sucesora procesal del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL a pagar a la EPS SANITAS S.A., la suma total de \$261.519.927.05 correspondientes a la solicitud de recobros, esto es de 89 ítems por insumos, medicamentos y servicios no POS, ordenados por sentencias de tutela, comités técnicos científicos a favor de los beneficiarios, usuarios o afiliados de la EPS SANITAS S.A., así mismo deberá pagar los intereses moratorios sobre dicha suma de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4 del decreto 1281 del 2002, que se causen a partir de la ejecutoria de esta sentencia. SEGUNDO: dadas las resultas del proceso se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. TERCERO: se ABSUELVE a la parte demandada de las restantes pretensiones incoadas en su contra por EPS SANITAS. CUARTO: las costas son a cargo de ADRES. Las agencias en derecho se tasan a favor de EPS SANITAS en un 10% de las condenas impuestas en esta sentencia. QUINTO: ORDÉNESE la consulta de esta sentencia ante el superior a favor de la parte demandada ADRESS, por ser esta una entidad garantizada por la Nación, y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido (CD 16, minuto 27:44).*

Para tomar su decisión el juez de primera instancia se remitió al criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional expuesto en la sentencia T-760 de 2008 en materia de servicios de salud que no se encuentran incluidos en el POS y su financiamiento por parte del Estado, a las normas que regulan el procedimiento de cobro de estos servicios, y al dictamen pericial que se

practicó en el proceso. Además, señaló que no operó la prescripción de los valores objeto de recobro, dado que los recobros al FOSYGA se efectuaron entre enero de 2013 y julio de 2014 y las demandas se interpusieron entre los años 2014 y 2015, y condenó al pago de los intereses moratorios dispuestos en el artículo 4 del decreto 1281 de 2002 a partir de la ejecutoria de la sentencia, pues solo a partir de ese momento surgió la obligación a cargo de la demandada. Negó el reconocimiento de gastos administrativos a título de daño emergente por no encontrar prueba expresa que determine los perjuicios materiales y porque consideró que las gestiones y los gastos que tuvo que acarrear la EPS son los normales para el cobro de los servicios prestados.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de ADRES solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia. Afirma que el dictamen pericial no goza de objetividad pues si bien en este participó un médico y auditores en salud, se requería el concepto de un auditor médico, considera que en dicho dictamen solo se discutió si las tecnologías eran POS o NO POS, pero no se estudiaron las exclusiones al POS. Insiste en que los servicios médicos que se prestaron bajo las denominaciones de *programa integral de educación especial personalizada, programa de educación y tratamiento para pacientes con discapacidad, programa de educación y tratamiento especial para autismo, apoyo pedagógico, programa de intervención integral para la integración educativa, apoyo e inclusión del contexto familiar y escolar, visita al colegio, educación especial individual, pedagogía en educación especial y neuropedagogía*, se encuentran incluidos del POS y por ello fueron pagados a través de la UPC, y que en algunos casos, cuando se suministraron terapias comportamentales los servicios se encontraban excluidos del POS, como la musicoterapia y/o la equinoterapia (CD 16, minuto 29:29)⁴.

⁴ “Gracias señor juez, yo si quiero presentar la respectiva apelación a pesar de que se vaya en consulta, porque quiero hacer claridad en unas cosas. Lo sustento de la siguiente manera: cuando se hizo la presentación del dictamen, este inicialmente se pudo demostrar que no goza de la objetividad en su sustento porque 1) las personas que hicieron el peritaje o el dictamen, si bien hay uno que es médico, no son auditores médicos, son auditores en salud, y así como

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicita que se reconozcan intereses moratorios desde el momento en el cual procedía el recobro y la demandada debía efectuar el pago, y los gastos de administración que se solicitaron a título de daño emergente pues con la negativa del reconocimiento

en mis alegatos lo dije, y yo como auditora en salud puedo decirlo fehacientemente que allí solo se ven procesos, procedimientos que son, digamos, mejoramiento para las entidades de salud. Allí no se hace lo que en auditoría médica está determinado que la calidad del acto mismo de la medicina, por lo tanto, los que hicieron el dictamen, digamos, no gozaría de efectividad, como quiera que ellos hicieron ver que todos estos recobros que se presentaron son recobros de que es POS y que no es POS, en este caso, estos recobros no surten esta suerte, porque estos recobros que se presentaron son exclusiones del POS. Cuando al perito se le pregunto si sabía que diferencia existía entre una exclusión del POS y procesos y tecnologías no financiables por el POS, él dijo que eso era situación semántica, esto no se puede hablar como una clase de español, existe las diferencias porque las dio la ley, y en este caso los procesos que presento o que digamos el juez de instancia en el momento de fallar la tutela, para que se le hiciera un proceso, un procedimiento a la persona, él indica que se hace, pero él no es el generador del gasto, por tanto no puede decir cómo se van a pagar estos procedimientos. Dentro de los 97 recobros que presento la EPS, existían 9 que se presentaron por línea ordinaria, y que le fueron probadas, y una por línea extraordinaria, que también le fue aprobada, por lo tanto estos fueron pagados. Mas sin embargo, creo que estos se tuvieron en cuenta porque así lo tuvo el perito, y los incluyo dentro del dictamen. Ahora bien, dentro del peritazgo se pudo evidenciar que los programas son: programa integral de educación especial personalizada, programa de educación y tratamiento para pacientes con discapacidad, programa de educación y tratamiento especial para autismo, apoyo pedagógico, programa de intervención integral para la integración educativa, apoyo e inclusión del contexto familiar y escolar, visita al colegio, educación especial individual, pedagogía en educación especial y neuro pedagogía. Mirando los recobros se pudo evidenciar, porque nosotros estuvimos viendo las imágenes una a una, la mayoría de estos, por decir algunos, del programa de educación especial para pacientes con autismo, programa especial de educación especial personalizada, todos ellos tienen apoyo pedagógico, terapia física, hidroterapia, fonoaudiologías, salud ocupacional. Entonces, estos son procesos que están dentro del POS, los cuales ya fueron pagados a la EPS por la UPC, por lo tanto no tienen por qué pagarse nuevamente. Ahora, existen otros, por ejemplo en el de programa de educación y tratamiento especial para paciente con autismo, hay una parte que dan de entrenamiento auditivo, esto hace parte de un estudio de música para profesionales, y el de equino terapia, estos son exclusiones del POS, por lo tanto el sistema de salud no tiene porque pagar situaciones que son de comportamiento educacional, por lo tanto hay una gran falla cuando se hizo el dictamen, y el mismo perito quiere hacer ver, digamos, como que existe una prestación del servicio completo, integro para poder hacer ver estas terapias comportamentales como si fueran procedimientos no POS, y pues digamos eso no es así, no es cierto, por lo tanto solicito al H. Tribunal que se revisen una a una las imágenes para que se den cuenta que la mayoría de los procedimientos, por no decir que todos, porque hay unos que están fuera, como son las jeringas y otras que se me escapan en este momento, esos ya fueron pagadas, entonces tampoco deberían estar dentro del dictamen que hizo la empresa AGS. Por lo tanto y dadas la circunstancia, pues, como son terapias comportamentales que no se pueden pagar por el sistema, como quiera que ya le he reiterado, fueron pagadas a la EPS y en su momento la UPC, entonces no se estaría atentando contra el servicio. Igualmente no se podría hablar de integralidad por lo mismo, porque todos estos recobros cuando se hizo la presentación por el mecanismo ordinario, le fueron rechazados, por lo tanto ni siquiera surtieron un trámite pre auditoria, y los pocos que ellos presentaron, que son como 13 mediante el mecanismo excepcional, no le fueron aprobados 12 y uno le fue aprobado, por lo tanto ese fue cancelado. Entonces, bajo esas circunstancias sí solicito que se revoque el fallo y pues bajo estas circunstancias, que no sea condenada mi representada. Gracias.

la EPS tuvo que desplegar una serie de trámites administrativos y judiciales para obtener el pago (CD 16, minuto 36:50)⁵.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la prestación de servicios por parte de la EPS SANITAS en favor de sus afiliados y/o beneficiarios en cumplimiento de órdenes de tutela o por autorización del Comité Técnico Científico, los cuales fueron objeto de recobro ante el FOSYGA, hoy ADRES, a efectos de obtener su pago con cargo a los recursos administrados por dicha entidad; tampoco se discutió el cumplimiento de requisitos formales para la presentación de dichos

⁵ “Gracias señor juez, quiero manifestar que interpongo recurso de apelación en contra de dos puntos específicos, toda vez que con el grueso de la sentencia, nos encontramos conformes, sin embargo presento recurso de apelación en contra al reconocimiento de intereses desde la ejecutoria de la sentencia y no desde el momento en que se debió haber reconocido la procedibilidad del recobro y se debió haber hecho el pago, esto es con el resultado de las auditorias que se le hagan. Y con respecto al no reconocimiento de los gastos administrativos que se solicitan en un porcentaje del 10% de cada uno de los recobros. Así las cosas procedo a exponer y a sustentar el recurso de apelación interpuesto. En parámetros similares haré las precisiones sobre cada uno, sin embargo si quiero precisar, por ejemplo, respecto al reconocimiento y fecha en que se deben reconocer los intereses. Es importante manifestar que incluso desde la perspectiva y desde la forma en que se profiere la sentencia, la misma hace evidente que los recobros que fueron presentados, que son objeto del presente proceso judicial, si debían haber sido pagados, que si cumple los requisitos, ya sea con fundamento en lo que manifestaron los peritos, si reunían los requisitos para ser reconocidos en su momento, por lo cual a partir de ese momento se empieza a generar un perjuicio para mi mandante, que en parte se pretende subsanar con el reconocimiento de los intereses, de esta manera si es contradictorio manifestar que se reconocen intereses pero a partir de la sentencia, esto con ocasión a que la sentencia lo que está reconociendo que a partir de ese momento se debía reconocer esos recobros y el capital, y por lo tanto como accesorio el reconocimiento de los intereses consagrados en la normatividad. Por lo tanto no consideramos adecuado que se reconozcan intereses solo a partir de la ejecutoria de la sentencia, sino que estos deben reconocerse a partir del momento en que se debió haber reconocido y realizar el pago por parte de la hoy demandada, toda vez que este es el momento en que eran exigibles conforme a lo que se decretó en la sentencia que se está recurriendo. En cuanto a los gastos administrativos, es importante manifestar que como lo dije previamente, como se reconoció en la presente sentencia, si había lugar a su reconocimiento, esto implicó una serie de trámites adicionales, un despliegue de personal, de infraestructura, para poder reclamar lo que se debía haber reconocido en esta instancia a traves de procedimientos, tanto judiciales como administrativos. En esta medida se genera un costo adicional al trámite y procedimiento que adelanta normalmente la EPS, esto con ocasión al no reconocimiento de unos valores que si debieron haber sido reconocidos, y por lo tanto si se genera un daño emergente, que consiste precisamente en esos costos y asunciones adicionales que debió haber adelantado la EPS. Con base en esto reitero mi recurso de apelación, en cuanto a la fecha en que se debió haber reconocido los intereses, y así mismo en cuanto al reconocimiento de los gastos administrativos, en el sentido de solicitar que se reconozcan intereses a partir del momento presentación de los recobros, y que se reconozca el gasto administrativo que se solicitó en la demanda inicial. Muchas gracias”.

recobros, de conformidad con las normas que regulan estos trámites (como el Decreto 1281 de 2002 y la Resolución 3099 de 2008).

Así las cosas, le corresponde al Tribunal estudiar las causales de glosa que la entidad demandada impuso a los recobros presentados por la EPS, a fin de determinar la procedencia de su pago con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, administrados por ADRES.

Por razones de método se resolverán los recursos de apelación presentados por ambas partes y se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADRES (de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del CPT y ss), en el siguiente orden: (i) se determinarán cuáles son los recobros objeto de estudio en esta instancia en atención al desistimiento presentado por la EPS demandante en primera instancia, y la exclusión de recobros en caso de que se encuentren afectados por el término de prescripción, o por otras razones; (ii) se estudiarán los recobros que queden después de resolver el punto anterior, a fin de establecer si se cumplen los presupuestos para su reconocimiento con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud administrado por ADRES, conforme a las causales de glosa, las normas y jurisprudencia que regulan la materia sobre tecnologías de salud que no hacían parte del POS, y las conclusiones contenidas en el dictamen pericial que practicó la empresa AGS CONSULTORES; (iii) se definirá la procedencia del pago de intereses moratorios y la fecha a partir de la cual estos comenzarían a correr; y finalmente (iv) se decidirá la procedencia del reconocimiento de gastos de administración a título de daño emergente.

(i) **RECOBROS OBJETO DE ESTUDIO.** Las demandas presentadas dentro de los cuatro procesos acumulados perseguían inicialmente el pago de 1093 recobros. No obstante, la EPS demandante limitó la controversia al pago de 98 recobros con 99 ítems (en uno de los dos recobros se reportaron dos servicios), conforme el listado que presentó el 3 de febrero de 2017 (folio 441 del cuaderno principal) y al desistimiento que manifestó su apoderado en la primera audiencia (CD 7).

De estos 98 recobros, se excluyeron 10 en la sentencia de primera instancia con base en el dictamen pericial practicado en el proceso, pues corresponden a insumos incluido en el POS que no era susceptible de reconocimiento a cargo de ADRES (*AGUJAS HUMAPEN 8MM,*), conclusión que no fue objeto de apelación (ver página 112 del dictamen pericial).

Estima la Sala que también se deben excluir los recobros con radicados No. 248722630 y 2478149891 (filas 91 y 96 del listado presentado por la EPS – ver folios 441 a 443), pues en la adecuación de la demanda que se presentó dentro del proceso con radicado No. 2014-513, la parte actora indicó que retiraba dichos recobros dado que la entidad le manifestó que los pagaría si los excluían del proceso judicial (ver folios 165 y 165 – cuaderno principal proceso 2014-513).

Igualmente, y estudiando el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, se deben excluir los recobros sobre los cuales hubiera operado la prescripción de la acción. Para este efecto se debe recordar que los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS regulan la excepción de prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales, cuando han transcurrido más de 3 años desde que se hicieron exigibles, lo que en materia de recobros ocurre en el momento en el cual se presta el servicio médico. No existe un término de prescripción especial para ejercer la acción judicial en estos casos, pero de todas formas si se entendiera que el plazo aplicable es el establecido en el Código de Comercio para ejercer la acción cambiaria directa, de conformidad con el criterio del Consejo de Estado plasmado en la sentencia de 30 de enero de 2014 (dentro del radicado No. 2007-00099), se llegaría a la misma conclusión pues dicho término de prescripción también. Según el artículo 489 del CST el término de prescripción se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del derecho o prestación, que tratándose de los recobros por servicios de salud ocurre cuando la EPS radica los formularios MYT01 y MYT02 ante la ADRES (antes FOSYGA).

Con este razonamiento, encuentra el Tribunal que se deben excluir 58 recobros con 59 ítems, pues la EPS interrumpió el término trienal con la radicación de los formularios MYT01⁶ y MYT02⁷, dicho término estuvo *suspendido* hasta el momento en el cual se agotó el trámite administrativo de recobro, es decir, hasta cuando la entidad ratificó la glosa impuesta después de presentar objeción a través del formulario MYT04⁸, y desde ese momento empezó a correr nuevamente por 3 años adicionales durante los cuales la EPS debía presentar la demanda ante la jurisdicción ordinaria. Los recobros sobre los cuales operó la prescripción de la acción por haberse presentado la demanda por fuero del término trienal, son los siguientes:

TABLA 1⁹

	Radicad o FOSYGA (MYT01 y MYT02)	Valor servicio	Orige n	Fecha prestació n del servicio	Fecha radicació n recobro	Fecha ratificació n Glosa	Presentació n demanda
1	2360798 2	\$1.865.500	Tutela	28/12/200 9	02/09/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
2	2357315 9	\$1.867.500	Tutela	28/02/201 0	13/08/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
3	2351562 1	\$267.300	Tutela	05/04/201 0	02/08/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
4	2351574 4	\$275.300	Tutela	03/06/201 0	02/08/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
5	2351585 3	\$3.892.000	Tutela	19/06/201 0	02/08/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)

⁶ Formato solicitud de recobro por concepto de medicamentos, servicios o prestaciones de salud No. POS-CTC. En este formato se presentan los servicios NO POS autorizados por el Comité Técnico Científico.

⁷ Formato solicitud de recobro por concepto de fallos de tutela. En este formato se presentan los recobros por servicios ordenados por un juez.

⁸ Formato objeción a la auditoría realizada.

⁹ Los datos que se observan en la TABLA 1 fueron tomados del CD que presentó la parte actora cuando limitó el objeto de litigio (CD 6), en el cual se observaron imágenes de los recobros radicados y una tabla de Excel con la información antes referida, la cual no fue objetada por la entidad traída a juicio. También se tuvieron en cuenta las fechas en las que se radicaron cada una de las demandas presentadas dentro de los procesos que posteriormente fueron acumulados y según los recobros que en cada una de ellas se reclamaban.

6	2358676 1	\$3.892.000	Tutela	19/07/201 0	17/08/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
7	2358689 8	\$4.746.000	Tutela	19/07/201 0	17/08/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
8	2362072 5	\$302.830	Tutela	30/06/201 0	07/09/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
9	2366290 2	\$3.892.000	Tutela	20/08/201 0	15/09/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
10	2366290 4	\$1.305.000	Tutela	20/08/201 0	15/09/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
11	2366290 5	\$1.950.000	Tutela	20/08/201 0	15/09/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
12	2366291 4	\$4.520.100	Tutela	20/08/201 0	15/09/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
13	2366300 6	\$3.191.000	Tutela	20/08/201 0	15/09/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
14	2366318 3	\$239.770	Tutela	03/08/201 0	15/09/201 0	17/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
15	2382104 1	\$3.732.900	Tutela	01/09/201 0	16/11/201 0	13/03/2012	31/07/2015 (2015-745)
16	2379274 5	\$3.905.800	Tutela	20/08/201 0	10/11/201 0	13/03/2012	31/07/2015 (2015-745)
17	2406812 4	\$492.510	Tutela	02/08/201 0	16/02/201 1	13/03/2012	31/07/2015 (2015-745)
18	2406793 9	\$3.735.000	Tutela	01/10/201 0	16/02/201 1	13/03/2012	31/07/2015 (2015-745)
19	2399063 8	\$80.000	Tutela	19/11/201 0	20/01/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
20	2399069 5	\$3.879.100	Tutela	19/11/201 0	20/01/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
21	2399069 8	\$3.892.000	Tutela	19/11/201 0	20/01/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
22	2406815 1	\$3.895.800	Tutela	19/11/201 0	16/02/201 1	13/03/2012	31/07/2015 (2015-745)
23	2399174 7	\$3.732.900	Tutela	30/11/201 0	21/01/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
24	2399187 7	\$3.892.000	Tutela	20/12/201 0	21/01/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
25	2399331 5	\$611.800	Tutela	30/07/201 0	21/01/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
26	2399331 7	\$459.900	Tutela	27/07/201 0	21/01/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
27	2399305 4	\$413.800	Tutela	13/12/201 0	21/01/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
28	2399305 5	\$173.900	Tutela	13/12/201 0	21/01/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
29	2399299 9	\$4.559.100	Tutela	31/10/201 0	21/01/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
30	2401255 0	\$275.300	Tutela	02/12/201 0	07/02/201 1	19/01/2012	31/07/2015 (2015-745)
31	2406275 2	\$3.897.900	Tutela	14/12/201 0	16/02/201 1	13/03/2012	31/07/2015 (2015-745)
32	2406267 6	\$3.900.000	Tutela	21/12/201 0	16/02/201 1	13/03/2012	31/07/2015 (2015-745)

3	2406267			21/12/201	16/02/201		31/07/2015
3	7	\$3.900.000	Tutela	0	1	13/03/2012	(2015-745)
3	2406267			21/12/201	16/02/201		31/07/2015
4	8	\$3.900.000	Tutela	0	1	13/03/2012	(2015-745)
3	2399003			30/06/200	20/01/201		31/07/2015
5	1	\$2.186.360	Tutela	9	1	19/01/2012	(2015-745)
3	2359796			20/11/200	17/08/201		31/07/2015
6	9	\$3.023.300	Tutela	8	0	17/01/2012	(2015-745)
3	2359802			30/05/200	17/08/201		31/07/2015
7	8	\$243.360	Tutela	9	0	17/01/2012	(2015-745)
3	2359806			15/01/200	17/08/201		31/07/2015
8	4	\$147.500	Tutela	9	0	17/01/2012	(2015-745)
3	2359806			20/10/200	17/08/201		31/07/2015
9	9	\$2.411.600	Tutela	8	0	17/01/2012	(2015-745)
4	2359807			19/09/200	17/08/201		31/07/2015
0	0	\$2.411.600	Tutela	8	0	17/01/2012	(2015-745)
4	2359807			18/10/200	17/08/201		31/07/2015
1	3	\$3.946.100	Tutela	8	0	17/01/2012	(2015-745)
4	2359807			19/09/200	17/08/201		31/07/2015
2	4	\$4.793.100	Tutela	8	0	17/01/2012	(2015-745)
4	2359812			01/02/201	17/08/201		31/07/2015
3	5	\$162.240	Tutela	0	0	17/01/2012	(2015-745)
4	2359816			01/11/200	17/08/201		31/07/2015
4	3	\$324.480	Tutela	9	0	17/01/2012	(2015-745)
4	2359817			03/02/201	17/08/201		31/07/2015
5	8	\$108.160	Tutela	0	0	17/01/2012	(2015-745)
4	2385164			19/08/200	16/11/201		31/07/2015
6	6	\$2.186.500	Tutela	9	0	13/03/2012	(2015-745)
4	2385164			19/08/200	16/11/201		31/07/2015
7	6	\$80.000	Tutela	9	0	13/03/2012	(2015-745)
4	2385170			20/05/201	16/11/201		31/07/2015
8	0	\$4.886.700	Tutela	0	0	13/03/2012	(2015-745)
4	2385213			21/01/201	16/11/201		31/07/2015
9	0	\$3.892.000	Tutela	0	0	13/03/2012	(2015-745)
5	4582280			20/03/201	16/11/201		31/07/2015
0	2	\$3.926.700	CTC	0	0	13/03/2012	(2015-745)
5	2407430			09/12/201	02/03/201		31/07/2015
1	7	\$4.559.100	Tutela	0	1	13/03/2012	(2015-745)
5	2409196			20/12/201	10/03/201		31/07/2015
2	3	\$3.732.900	Tutela	0	1	13/03/2012	(2015-745)
5	2411790			09/12/201	15/03/201		31/07/2015
3	5	\$197.826	Tutela	0	1	13/03/2012	(2015-745)
5	2415200			12/01/201	06/04/201		31/07/2015
4	4	\$217.900	Tutela	1	1	13/03/2012	(2015-745)
5	2415200			13/01/201	06/04/201		31/07/2015
5	9	\$85.900	Tutela	1	1	13/03/2012	(2015-745)
5	2415208			01/12/201	06/04/201		31/07/2015
6	6	\$347.800	Tutela	0	1	13/03/2012	(2015-745)
5	2411803			20/09/201	15/03/201		31/07/2015
7	4	\$80.000	Tutela	0	1	13/03/2012	(2015-745)
5	2411817			01/03/201	15/03/201		31/07/2015
8	2	\$800.000	Tutela	0	1	13/03/2012	(2015-745)

5 9	2482256 9	\$1.345.800		01/09/201 1	16/02/201 2	17/07/2012 *	3 de febrero de 2017 ¹⁰
--------	--------------	-------------	--	----------------	----------------	-----------------	---------------------------------------

Cabe reiterar que el derecho al recobro se hace exigible en la fecha de prestación del servicio médico, en consonancia con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 3099 de 19 de agosto de 2008, norma que regula el término para presentar las solicitudes de recobro así: “[p]ara efectos de los recobros por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico Científico y fallos de tutela, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo el medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados en decisiones judiciales”. Interrumpido así el término de prescripción por la EPS, los reclamos posteriores no tenían idoneidad para ese efecto, según lo ordena claramente el artículo 489 del CST.

En consecuencia, el Tribunal solo puede estudiar la procedencia del reconocimiento de los 28 recobros restantes, conforme a las causales de glosa impuestas por la entidad demandada, de conformidad con la siguiente tabla:

TABLA 2

	Radicado FOSYGA (MYT01 y MYT02)	Clasificación del servicio	Valor servicio	Origen	Fecha prestación del servicio	Fecha radicación recobro	Fecha ratificación Glosa	Presentación demanda
1	23862163	Programa Integral de Educación Especial Personalizad	\$3.879.100	Tutela	20/10/2010	01/12/2010	10/08/2012	31/07/2015 (2015-745)

¹⁰ Frente a este recobro se debe advertir que no fue relacionado en ninguna de las 4 demandadas acumuladas en este proceso, y solo se trajo a colación en el listado que presentó la EPS actora para limitar el objeto de litigio, fecha la cual se consignó en la columna presentación de la demanda.

2	23862164	Programa Integral de Educación Especial Personalizad	\$3.892.000	Tutela	20/10/2010	01/12/2010	10/08/2012	31/07/2015 (2015-745)
3	23862165	Programa Integral de Educación Especial Personalizad	\$3.900.000	Tutela	20/10/2010	01/12/2010	10/08/2012	31/07/2015 (2015-745)
4	23898781	Psicopedagogía en educación especial	\$459.900	Tutela	30/09/2010	13/12/2010	10/08/2012	31/07/2015 (2015-745)
5	23898812	Psicopedagogía en educación especial	\$129.900	Tutela	07/09/2010	13/12/2010	10/08/2012	31/07/2015 (2015-745)
6	23898520	Apoyo pedagógico	\$330.360	Tutela	30/08/2010	13/12/2010	10/08/2012	31/07/2015 (2015-745)
7	23898597	Programa de educación y tratamiento especial para autismo	\$2.269.100	Tutela	07/10/2010	13/12/2010	10/08/2012	31/07/2015 (2015-745)
8	23899114	Apoyo pedagógico	\$275.300	Tutela	30/09/2010	13/12/2010	10/08/2012	31/07/2015 (2015-745)
9	49915234	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	CTC	20/09/2011	16/01/2012	14/02/2013	15/11/2013 (2014-634)
10	49915377	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	CTC	27/09/2011	16/01/2012	14/02/2013	15/11/2013 (2014-634)
11	49917286	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	CTC	24/08/2011	16/01/2012	14/02/2013	15/11/2013 (2014-634)
12	50109904	Mamoplastia de reducción bilateral	\$756.132	CTC	21/09/2011	14/02/2012	27/02/2013	15/11/2013 (2014-634)
13	50109937	Mamoplastia de reducción bilateral	\$4.399.300	CTC	02/12/2011	14/02/2012	27/02/2013	15/11/2013 (2014-634)
14	50478207	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	CTC	04/10/2011	15/03/2012	27/02/2013	15/11/2013 (2014-634)

1 5	50478208	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	CTC	05/10/2011	15/03/2012	27/02/2013	15/11/2013 (2014-634)
1 6	50478209	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	CTC	05/10/2011	15/03/2012	27/02/2013	15/11/2013 (2014-634)
1 7	24862462	Hospitalización psiquiátrica Superior a 30 días por evento a la fase aguda	\$4.100.161	Tutela	01/12/2011	15/03/2012	17/07/2012*	26/04/2013 (2015-224)
1 8	24862461	Hospitalización psiquiátrica Superior a 30 días por evento a la fase aguda	\$10.321.419	Tutela	01/12/2011	15/03/2012	17/07/2012*	26/04/2013 (2015-224)
1 9	24848289	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por evento	\$1.164.646	Tutela	01/12/2011	13/03/2012	17/07/2012*	26/04/2013 (2015-224)
2 0	24847964	Hospitalización psiquiátrica Superior a 30 días por evento a la fase aguda	\$5.926.800	Tutela	01/11/2011	13/03/2012	17/07/2012*	26/04/2013 (2015-224)
2 1	24792875	Internación en salud mental superior a 30 días por evento a la fase aguda	\$4.250.000	Tutela	01/10/2011	13/02/2012	17/07/2012*	26/04/2013 (2015-224)
2 2	24781795	Internación en salud mental superior a 30 días por evento a la fase aguda	\$3.999.984	Tutela	07/09/2011	09/02/2012	17/07/2012*	26/04/2013 (2015-224)
2 3	24781241	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por evento	\$6.097.700	Tutela	01/10/2011	09/02/2012	17/07/2012*	26/04/2013 (2015-224)
2 4	24766953	Internación en salud mental crónicos	\$4.600.789	Tutela	28/07/2011	16/01/2012	20/05/2012*	26/04/2013 (2015-224)

25	24766642	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por evento	\$7.341.600	Tutela	01/09/2011	16/01/2012	20/05/2012*	26/04/2013 (2015-224)
26	24766591	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por agudo	\$5.901.000	Tutela	01/09/2011	16/01/2012	20/05/2012*	26/04/2013 (2015-224)
27	24822629	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por evento	\$825.000	Tutela	01/08/2011	16/02/2012	17/07/2012*	26/04/2013 (2015-224)
28	24822570	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por año	\$818.700	Tutela	01/09/2011	16/02/2012	17/07/2012* ¹¹	26/04/2013 (2015-224)

(ii) **PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO CON CARGO A LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.** Definidos los recobros que pueden ser objeto del reconocimiento judicial, se estudiará si se cumplen los presupuestos para el efecto conforme a las causales de glosa, las normas y jurisprudencia que regulan la materia sobre tecnologías de salud que no hacían parte del POS, y las conclusiones contenidas en el dictamen pericial que practicó la empresa AGS CONSULTORES.

Respecto de los recobros plasmados en la TABLA 2, se advierte que en todos los casos se impuso la causal de glosa No. 1-03, denominada “NO POS” y/o “los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el FOSYGA”, y que a los recobros que se observan en las primeras 8 filas se les impuso como glosa adicional la No. 4-01 “Existe error en los cálculos del recobro”.

Para dirimir estas controversias se debe recordar que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) tienen el deber de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a favor de los

¹¹ * No se demostró cuando la entidad ratificó la glosa, por lo que se consignó la fecha en la cual se presentó la objeción. De todas formas entre la fecha de prestación del servicio de salud y la fecha de la interposición de la demanda no se superó el término trienal de prescripción.

afiliados, en atención a las normas y principios que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud. Para su financiamiento cuentan con el valor estandarizado de *Unidad de Pago por Capitalización (UPC)*, unidad de medida del costo de los servicios por persona y por año. Los dineros que las EPS reciben a título de UPC se destinan a costear los servicios incluidos en dicho Plan de beneficios de salud. No obstante, en el normas y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha reconocido el deber que tienen las EPS de prestar servicios que no se encuentran incluidos en el Plan de beneficios de salud, pues solo así se garantiza el derecho de los pacientes a recibir un tratamiento médico integral e ininterrumpido, y cuando ello ocurre, bien pueden las EPS´s recobrar el valor de tales servicios adicionales para garantizar su sostenibilidad financiera (ver sentencias T-760 de 2008 y el Auto 186-2018 de la Corte Constitucional, el Decreto 1281 de 2002 y la Resolución No. 3099 de 2008).

Dado que los servicios cuyo pago se reclama en este proceso fueron prestados con fundamento en órdenes de tutela o por autorización del Comité Técnico Científico a favor de los afiliados y/o beneficiarios de la EPS SANITAS -como se dijo al inicio-, la controversia que debe resolver el Tribunal en este acápite consiste en establecer si los servicios prestados correspondían o no al ámbito del plan de beneficios financiado por la UPC, y en consecuencia, si las glosas impuestas se encontraban fundadas por estar la EPS legal y reglamentariamente obligada a financiarlos con los recursos suministrados para atender a sus afiliados, o si por el contrario se trataba de tecnologías no incluidas en el POS que se deben pagar con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud administrado por ADRES (antes FOSYGA).

Para el cobro de tales servicios la parte demandante presentó un dictamen pericial realizado por la consultora AGS COLOMBIA, en el cual participaron 3 peritos (médico, jurídico y auditor) que llegaron a las siguientes conclusiones: (i) respecto de todos los recobros referidos en la TABLA 2, se estableció que se trata de tecnologías NO POS; (ii) respecto de los programas de educación especial para pacientes con discapacidad, se indicó que están excluidos de forma taxativa en el Acuerdo 008 de 2009 de la CRES (en cada uno de los

escenarios se hizo referencia al diagnóstico del paciente y a la orden de tutela en los casos en los que dicha decisión fue efectivamente aportada); (iii) respecto del procedimiento *Radioterapia de intensidad modulada* se indicó que se trata de una tecnología que no estaba incluida de forma explícita en el POS (Acuerdo 008 de 2009) pues la norma solo contempló el tratamiento de radioterapia convencional, y se hizo referencia a la Nota Externa del Ministerio de Salud y Protección Social No. 20173320083073 de 2014, en la cual se advierte que este procedimiento no está cubierto en el POS. Estos servicios fueron autorizados a través del Comité Técnico Científico; (iv) respecto del procedimiento *Mamoplastia de reducción bilateral* se señaló que esta tecnología en salud no está incluida de forma explícita en el POS (Acuerdo 008 de 2009) y sobre este procedimiento se refirió a la Nota Externa No. 201433200083073 del Ministerio de Salud y Protección Social que advierte la misma conclusión. Estos procedimientos también fueron autorizados por el Comité Técnico Científico; y, (v) sobre las hospitalizaciones psiquiátricas, se advirtió que la norma del POS contempló la internación para el manejo de estas enfermedades por el término máximo de 30 días, conforme a lo establecido en el artículo 32 del Acuerdo 008 de 2009, y los servicios objeto de recobro excedieron dicho término. En estos casos se relacionaron los diagnósticos de los pacientes y las órdenes de tutela dictadas por el juez constitucional (ver folios 100 a 112 del dictamen pericial).

Revisado el dictamen pericial aportado por la demandante la Sala considera que en él se definió adecuadamente la naturaleza POS o NO POS de los servicios objeto de recobro.

Dicha prueba es pertinente pues se trata de verificar hechos que interesen al proceso y requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos; fue elaborado por peritos expertos, con conocimientos médicos y jurídicos en la materia¹²; se expidió atendiendo las normas que se encontraban vigentes

¹² Con el dictamen se aportó cuaderno del perfil profesional de los peritos y los soportes de los estudios. Como peritos se presentó Fernando Quintero Bohorquez como médico con especialización en Gerencia médica, Administración de Instituciones de Salud y Auditoría de Servicios de Salud, Eduardo Baquero Méndez, médico cirujano especialista en Administración

para el momento en el cual se prestaron los servicios médicos; y analizó en cada uno de los casos el diagnóstico de los pacientes, las razones por las cuales procedía el suministro de la tecnología en salud prescrita, la existencia de orden de tutela o autorización del Comité Técnico Científico que permitió el suministro del servicio médico, y como se indicó, expresó claramente las razones que llevaron a concluir que los servicios no están incluidos en la norma que regulaba el POS (Acuerdo 008 de 2009) y por ello deben ser reconocidos por la entidad tráfada a juicio.

Además, la parte demandada no objetó ni demostró que se hubiese incurrido en un error grave en su elaboración, ni las conclusiones de dicho dictamen lograron ser desvirtuadas con los cuestionamiento que efectuó la apoderada de la ADRES en el momento en que tuvo lugar la contradicción del dictamen a través del interrogatorio que rindió el perito Fernando Quintero Bohórquez en el proceso (de conformidad con lo establecido en el artículo 228 del CGP – ver audiencia celebrada el 25 de junio de 2019 – CD 15, minuto 6:07). Frente a la controversia en torno a la diferencia jurídica y/o semántica entre un servicio médico (i) incluido en el POS, (ii) no incluido en el POS, y (iii) excluido del POS que para el perito solo representa una discusión semántica que no afectaba las conclusiones del dictamen y para la apoderada de ADRES tenía efectos frente a la procedencia del pago de los recobros con cargo a los recursos administrados por la entidad demandada, la parte pasiva no aportó argumentos o medios de prueba que permitieran desvirtuar las conclusiones a las que llegó el perito.

Cabe resaltar que la parte demanda no llamó a rendir declaración al auditor que en su momento impuso la glosa sobre los recobros cuyo pago le reclaman, ni presentó un dictamen pericial que pudiese sostener una tesis jurídica y/o médica contraria. Tampoco expuso de forma clara y concreta el fundamento

en Salud con énfasis en Seguridad Social, Merci Rosero Ortega, abogada especializada en derecho contencioso administrativo, y John Hanner Martínez Ariza, persona con experiencia en Auditoría, control de calidad, recepción y radicación de cuentas médicas y digitación para su posterior pago.

normativo, caso a caso, para establecer la improcedencia de los recobros por estar fuera del POS; por el contrario, incurrió en contradicciones a lo largo del proceso, pues tanto la glosa como la controversia que planteó en la contestación de la demanda estaban enfocadas a demostrar que se trataba de servicios incluidos en el POS, pero en la apelación argumenta que son servicios *excluidos* de ser financiados con recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Sobre esto último y para resolver los argumentos planteados en el recurso de apelación sobre la naturaleza de las terapias o tratamientos con enfoque educativo dirigidos a personas con problemas de salud mental o discapacidad, el Tribunal se remite a la jurisprudencia que ha dictado la Corte Constitucional en la materia. Esa Corporación ha reconocido el acceso de personas en condición de discapacidad a terapias alternativas al POS denominadas ABA (neurodesarrollo, hipoterapia, acuaterapia, comportamental, entre otras) en atención al principio de integralidad en la prestación del servicio de salud y a *“la importancia de tales tratamientos para las personas con limitaciones cognitivas debido a sus bondades en términos de su rehabilitación”*, permitiendo en esos casos repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social por el valor de los gastos en los que se haya incurrido en el suministro de servicios excluidos del POS (ver sentencia T-105 de 2014, que a su vez hace referencia sobre la materia a las sentencias T-864 de 2012, T-392 de 2011, T-466 de 2013).

Con base en lo dicho se modificará la condena impuesta en la sentencia dictada en primera instancia, y se ordenará a la ADRES que pague a favor de la EPS SANITAS la suma que corresponde a los 28 recobros contenidos en la TABLA 2, los cuales ascienden a la suma total de **\$125.664.491**, advirtiendo sobre el valor de los servicios médicos que indicó la parte demandante y se reiteraron en el dictamen pericial, que no se presentaron argumentos u objeciones por la entidad demandada.

(iii) **INTERESES MORATORIOS**, el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 dispuso su reconocimiento de intereses moratorios a la tasa establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuando se presente un incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos del sector salud, y el artículo 7 de la misma normatividad estableció que *“en el evento en el que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de la presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro”*, siempre y cuando dichas facturas, reclamaciones o cuentas de cobro se presenten *“a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas”*.

Con esta premisa y dado que las glosas que impuso la entidad para negar el pago de los recobros reclamados se declaran infundadas, el Tribunal modificará la decisión dictada en primera instancia en esta materia, pues procedían intereses moratorios sobre los recobros que se encuentran consignados en la TABLA 3 a partir de la fecha en la que se radicó el formulario de recobro en cada caso, y no desde la ejecutoria de la sentencia judicial, como equivocadamente lo concluyó el juez de primera instancia. Cabe advertir que el único recobro de la TABLA 3 que se presentó pasados 6 meses fue el No. 24822629. En los demás casos se cumplió con dicho término.

TABLA 3

	Radicado FOSYGA (MYT01 y MYT02)	Clasificación del servicio	Valor servicio	Fecha prestación del servicio	Fecha radicación recobro
1	23862163	Programa Integral de Educación Especial Personalizada	\$3.879.100	20/10/2010	01/12/2010
2	23862164	Programa Integral de Educación Especial Personalizada	\$3.892.000	20/10/2010	01/12/2010

3	23862165	Programa Integral de Educación Especial Personalizada	\$3.900.000	20/10/2010	01/12/2010
4	23898781	Psicopedagogia en educación especial	\$459.900	30/09/2010	13/12/2010
5	23898812	Psicopedagogia en educación especial	\$129.900	07/09/2010	13/12/2010
6	23898520	Apoyo pedagógico	\$330.360	30/08/2010	13/12/2010
7	23898597	Programa de educación y tratamiento especial para autismo	\$2.269.100	07/10/2010	13/12/2010
8	23899114	Apoyo pedagógico	\$275.300	30/09/2010	13/12/2010
9	49915234	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	20/09/2011	16/01/2012
10	49915377	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	27/09/2011	16/01/2012
11	49917286	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	24/08/2011	16/01/2012
12	50109904	Mamoplastia de reducción bilateral	\$756.132	21/09/2011	14/02/2012
13	50109937	Mamoplastia de reducción bilateral	\$4.399.300	02/12/2011	14/02/2012
14	50478207	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	04/10/2011	15/03/2012
15	50478208	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	05/10/2011	15/03/2012
16	50478209	Radioterapia con intensidad modulada MRT	\$8.337.600	05/10/2011	15/03/2012
17	24862462	Hospitalización psiquiátrica Superior a 30 días por evento a la fase aguda	\$4.100.161	01/12/2011	15/03/2012
18	24862461	Hospitalización psiquiátrica Superior a 30 días por evento a la fase aguda	\$10.321.419	01/12/2011	15/03/2012

19	24848289	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por evento	\$1.164.646	01/12/2011	13/03/2012
20	24847964	Hospitalización psiquiátrica Superior a 30 días por evento a la fase aguda	\$5.926.800	01/11/2011	13/03/2012
21	24792875	Internación en salud mental superior a 30 días por evento a la fase aguda	\$4.250.000	01/10/2011	13/02/2012
22	24781795	Internación en salud mental superior a 30 días por evento a la fase aguda	\$3.999.984	07/09/2011	09/02/2012
23	24781241	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por evento	\$6.097.700	01/10/2011	09/02/2012
24	24766953	Internación en salud mental crónicos	\$4.600.789	28/07/2011	16/01/2012
25	24766642	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por evento	\$7.341.600	01/09/2011	16/01/2012
26	24766591	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por agudo	\$5.901.000	01/09/2011	16/01/2012
27	24822570	Hospitalización psiquiátrica superior a 30 días por año	\$818.700	01/09/2011	16/02/2012

(iv) **DAÑO EMERGENTE.** Finalmente se negará el reconocimiento del 10% de las condenas por concepto de gastos administrativos, como daño emergente, pues la Ley 1438 de 2011 permite a las EPS disponer del 10% de la UPC para cubrir los riesgos y asumir los costos de la operación y la forma a través de la cual se previó el resarcimiento a las EPS de los perjuicios causados cuando el Estado impone glosas infundadas para negar los recobros, es el pago de intereses moratorios a la tasa máxima posible, la establecida por los impuestos administrados por la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Además, no se aportaron al expediente pruebas de los gastos en los que pudo haber incurrido la entidad en sede administrativa para obtener el pago de los recobros.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia para establecer que el valor que ADRES adeuda a la EPS SANITAS asciende a la suma de **\$125.664.491** por concepto de los 28 recobros que expone la TABLA 2 de la parte motiva; y para **CONDENAR** a la demandada al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 4 del decreto 1281 de 2002 sobre los siguientes recobros y a partir de la fecha en la cual se reclamó el pago, así:

	Radicado FOSYGA (MYT01 y MYT02)	Valor servicio	Fecha radicación recobro
1	23862163	\$3.879.100	01/12/2010
2	23862164	\$3.892.000	01/12/2010
3	23862165	\$3.900.000	01/12/2010
4	23898781	\$459.900	13/12/2010
5	23898812	\$129.900	13/12/2010
6	23898520	\$330.360	13/12/2010
7	23898597	\$2.269.100	13/12/2010
8	23899114	\$275.300	13/12/2010
9	49915234	\$8.337.600	16/01/2012
10	49915377	\$8.337.600	16/01/2012
11	49917286	\$8.337.600	16/01/2012
12	50109904	\$756.132	14/02/2012
13	50109937	\$4.399.300	14/02/2012
14	50478207	\$8.337.600	15/03/2012
15	50478208	\$8.337.600	15/03/2012
16	50478209	\$8.337.600	15/03/2012
17	24862462	\$4.100.161	15/03/2012
18	24862461	\$10.321.419	15/03/2012
19	24848289	\$1.164.646	13/03/2012
20	24847964	\$5.926.800	13/03/2012
21	24792875	\$4.250.000	13/02/2012
22	24781795	\$3.999.984	09/02/2012
23	24781241	\$6.097.700	09/02/2012
24	24766953	\$4.600.789	16/01/2012
25	24766642	\$7.341.600	16/01/2012
26	24766591	\$5.901.000	16/01/2012
27	24822570	\$818.700	16/02/2012

2. **MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia dictada en primera instancia para declarar parcialmente probada la excepción de prescripción, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de la decisión.
3. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia en todo lo demás.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

Salvo voto



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ ERMINDA HERRERA CONTRA LUZ
MARINA CASTILLO MARTINEZ.**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) días de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, la sentencia dictada por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de febrero de 2021.

El Tribunal conforme lo acordado en Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente SENTENCIA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ ERMINDA HERRERA presentó demanda contra la LUZ MARINA CASTILLO MARTINEZ, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 8 de mayo de 2012 hasta el 7 de abril de 2017, y que el empleador incumplió la obligación de pagar salarios y prestaciones sociales. Pide que se condene al pago de cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios, sanción por no consignación de cesantías, aportes a la seguridad social en pensiones, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indexación, lo que se demuestre ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que ingresó a laborar mediante contrato verbal de trabajo el 8 de mayo de 2012 para administrar dos (2) negocios en Chapinero (Habana Club y el SPA Castillo), vínculo que estuvo vigente hasta el 7 de abril de 2017 cuando terminó por decisión de la demandante porque fue desautorizada por la demandada frente a otra trabajadora por llamarle la atención. Aduce que se pactó un salario mensual de \$500.000 en el primer año, después acordaron que el salario sería pagado diariamente así: en el año 2013 y 2014 \$ 25.000, año 2015 \$ 30.000 y a partir del año 2016 \$35.000, y que no se han pagado sus prestaciones sociales ni los aportes a la seguridad social (folios 2 al 6).

La demandada fue representada en el proceso por curador ad litem quien dio contestación a la demanda. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante se limitó a afirmar la existencia de un contrato de trabajo sin allegar prueba alguna de su existencia. Además, solicitó terminar el proceso y que se nieguen las pretensiones por haber operado sobre ellas la prescripción. Propuso como excepciones previas *prescripción e ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales (declaradas no probadas)* y de fondo las denominadas *excepción de archivo, prescripción, caducidad y constitución en mora y cobro de lo no debido.* (folios 45 a 49).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá el 1º de febrero de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión el Juez no encontró probada la actividad personal de la demandante en beneficio de la demandada. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la señora Luz Marina Castillo Martínez de todas y cada una de las súplicas de la demanda, incoadas en su contra por la señora Luz Herminda Herrera conforme lo anotado en la parte motiva la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, absteniéndose el Despacho de cualquier otro tipo de análisis en carácter exceptivo TERCERO: Sin condena en costas de la instancia. CUARTO: en caso de no ser apelado el presente fallo, sírvase el*

grado jurisdiccional de consulta, para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. A las partes, esta decisión se le notifica virtualmente en estrados. (AUDIO Min 12:43)”

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Las pretensiones de la demanda que dieron inicio al proceso tienen como supuesto esencial la existencia de un contrato de trabajo, hecho que el juez de primera instancia no encontró probado.

Para resolver sobre esta materia, son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST. El primero define al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”* y el segundo (artículo 23) dispone como elementos esenciales de este contrato la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, contraprestación directa del servicio. Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas anteriores y el contenido del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de un contrato de trabajo, pues a

tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP quien alega la existencia de hechos presumidos por el legislador está excluido de la carga de la prueba.

Por ello en el proceso laboral, cuando el trabajador demandante demuestra que ejecutó un servicio personal en favor de la persona demandada, se debe entender por *presunción* legal que dicho servicio se prestó de manera subordinada. Corresponderá entonces al demandado, la carga de desvirtuar la existencia dicho elemento (la subordinación) para lo cual debe aportar pruebas pertinentes y suficientes de las cuales pueda concluir el juez que el servicio se prestó con *autonomía* técnica y directiva.

Sin embargo, esta presunción como todas las que establece el legislador exige a quien pretende aplicarla en su beneficio, la prueba de los hechos causales o generadores del hecho presumido.

Para el caso y dado que la presunción de subordinación opera frente a *servicios personales* prestados en favor de la demandada, la demandante debe probar, al menos, que efectivamente prestó dichos servicios personales, es decir por sí misma, en un lapso determinado.

Con estas reglas procesales se confirmará la decisión de la sentencia de primera instancia, pues no se encuentra en el expediente evidencia de la prestación de servicios personales de la demandante en favor de la persona natural traída al proceso, ni las fechas en que ello pudo ocurrir.

No se recibieron testimonios ni se allegaron documentos útiles. Del documento que obra en folio 10 (*Certificado de Formación del desarrollo personal, derechos humanos y formación en salud*) nada se deduce sobre prestación de un servicio personal.

La falta de prueba del hecho causal de la presunción (la prestación personal de servicios) impide deducir la existencia de un contrato de trabajo, e impide

las condenas que reclama la demanda que dio inicio al proceso, tal como lo definió la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la consulta.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **SIN COSTAS** en la Consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA HELENA GASCA SAPUY CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2020 por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con T.P 303.924, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARTHA HELENA GASCA SAPUY presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad de su vinculación al RAIS efectuada el 27 de febrero de 1998, con fundamento en que se incurrió en un error de hecho que vició el consentimiento manifestado por la demandante en el momento de la afiliación, pues no se le informó sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional ni sobre las desventajas del RAIS, y tampoco se le hizo un comparativo de pensión entre ambos regímenes pensionales. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare válida la afiliación de la actora en COLPENSIONES, se trasladen a dicha entidad todas las sumas que figuren en la cuenta de ahorro individual (como bonos, aportes, rendimientos y comisiones, entre otros), y se reconozca a su favor pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 2018, bajo los parámetros del régimen pensional de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 (ver demanda en las páginas 3 a 35 del expediente digital).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se afilió al RAIS de manera libre, espontánea, informada y consciente, tal y como se observa en el formulario de vinculación que ella misma suscribió después de recibir asesoría sobre la naturaleza de dicho régimen pensional, las modalidades de pensión y la garantía de pensión mínima, y advirtió que: (i) se cumplieron las disposiciones legales vigentes para que la vinculación naciera a la vida jurídica y surtiera efectos, (ii) no se probó que los asesores del fondo hubiesen actuado de manera dolosa, (iii) el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y (iv) no se puede aplicar el precedentes jurisprudencial trazado por la Corte Suprema de Justicia en la materia pues no se trata de un caso análogo a los que fundamentaron las decisiones tomadas por dicha Corporación. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 128 a 147 del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la vinculación de la demandante goza de plena validez y legalidad si se tiene en cuenta que no se demostraron causales de nulidad por vicios en el consentimiento (error, fuerza o dolo), y advirtió que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa y que el transcurso del tiempo subsanó cualquier tipo de error que se hubiese podido presentar. Además, afirma que la afiliada se encuentra inmersa en la prohibición legal para retornar al RPM administrado por COLPENSIONES, ya que para el momento del traslado no era beneficiaria del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima de pensionarse con normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones: *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 o genérica* (ver contestación en las páginas 200 a 212, y subsanación en las páginas 222 y 234 del expediente digital).

Termino la primera instancia con sentencia de 14 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, en la forma advertida en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de petición antes de tiempo, respecto del reconocimiento de la pensión de vejez reclamada por la demandante, según lo expuesto en precedencia. TERCERO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora MARTHA HELENA GASCA SAPUY, identificada con la C.C.51.719.520, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. CUARTO: DECLARAR que la*

demandante Señora GASCA SAPUY, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar el traslado o su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas. QUINTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., como actual administradora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses a que hubiere lugar, sin autorizar a PORVENIR S.A., para efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, según lo expuesto. SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos a favor de la demandante que efectúe PORVENIR S.A., y a convalidarlos en su historia laboral para efecto de la suma de semanas y de requisitos para acceder a una prestación pensional en el marco del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, según lo expuesto en precedencia. SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., en firme esta sentencia se dispone que por Secretaría se practique la liquidación y se incluyan agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/Cte. OCTAVO: Se dispone la CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES. Remítase el expediente a la sala laboral del honorable tribunal superior de este distrito judicial en las condiciones ya señaladas” (audiencia virtual No 2, minuto 37:27)¹.

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia indicó que si bien la demandante no puede retornar de forma automática a COLPENSIONES dado que no es beneficiaria del régimen de transición por tiempo de servicios, la AFP PORVENIR no demostró que le hubiera brindado información clara, cierta y suficiente sobre las condiciones y características del RAIS, las diferencias sustanciales entre ambos regímenes pensionales, y sobre las implicaciones y

¹ Ver audiencia celebrada el 14 de diciembre de 2020, subida a la plataforma Stream – Office 236 por el Juzgado de primera instancia y se puede consultar en el siguiente enlace [Ver "AUDIENCIA DE FALLO ORDINARIO 2019 - 00379" | Microsoft Stream](#)

riesgos de su traslado de régimen, lo que da lugar a declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, y advirtió que para entender la existencia de un consentimiento informado en el acto de traslado de régimen pensional, no es suficiente la suscripción del formulario de afiliación. Sobre el reconocimiento de la pensión de vejez estimó que se trata de una petición anticipada, pues COLPENSIONES solo tiene la obligación de estudiar los requisitos y la viabilidad del reconocimiento pensional hasta que quede en firme la pertenencia de la demandante al RPM.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación las apoderadas de la parte demandante, PORVENIR SA y COLPENSIONES.

La apoderada de la parte demandante pide que se reconozca la pensión de vejez a su favor y se confirme la decisión de primera instancia en todo lo demás. Aduce que como la afiliación de la demandante al RAIS no produjo efectos jurídicos, es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ly 797 de 2003, pues los requisitos establecidos en dicha normatividad se cumplieron en el año 2018 y la prestación se hizo exigible a partir del 1° de noviembre del mismo año, cuando se efectuó la última cotización al Sistema (audiencia virtual No 2, minuto 40:05)².

² “Gracias señoría, con el debido respeto dentro de la oportunidad procesal pertinente, presenté recurso de apelación, para ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral en lo que respecta al artículo segundo de la sentencia proferida, en esta diligencia que hace referencia a la declaración, que se encuentra prueba de oficio, la petición antes de tiempo relacionada con el reconocimiento de la pensión por vejez. Sobre el particular, quiero manifestar como argumentos de mi recurso de alzada, que mi representado como quiera que, dentro del presente asunto ha salido avante la petición de ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por mi representada y que se ha entendido, que ella siempre ha permanecido dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como quiera que el tránsito es ineficaz, no produjo ningún efecto jurídico, pues es viable el reconocimiento de la pensión por vejez, como quiera que se agotó el requisito de procedibilidad por cuanto se hizo la solicitud de reconocimiento de la misma. La pensión por vejez mi representada cumple a cabalidad las exigencias descritas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo noveno de la Ley 797 del año 2003, teniendo en cuenta que dicha disposición legal,

La apoderada de PORVENIR S.A pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra; de forma subsidiaria pide que se revoque la condena a devolver los descuentos que se efectuaron por concepto de gastos de administración. Afirma que no se demostró la existencia de actos que atentaran contra la libertad de la afiliación de la demandante, pues ella suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria cumpliendo las normas vigentes para la época del traslado, después de que los asesores del fondo le brindaron debida asesoría, tal y como ella misma lo reconoció en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso y lo ratificó con su permanencia durante 22 años en el RAIS. Además, advirtió que: (i) para el momento del traslado, la actora no era beneficiaria del régimen de transición y por ello no resulta aplicable la línea jurisprudencial trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; (ii) para el fondo no era posible prever cuáles serían los ingresos y el historial de cotizaciones de la afiliada, para poder realizar proyecciones pensionales comparativas; y, (iii) los afiliados están llamados a asumir las implicaciones de su decisión de traslado sin poner como excusa que el valor de la pensión que le correspondería no se encuentra acorde con sus aspiraciones. Respecto de la devolución de los gastos de administración aduce que estos valores no le pertenecen al afiliado si se tiene en cuenta que no se toman en cuenta para la financiación de la pensión de vejez, y que conforme lo ha expresado la Superintendencia Financiera en la materia, únicamente se deben trasladar los

exige para el otorgamiento de dicha prestación periódica el contar con 57 años de edad, mi representada, tal y cómo se encuentra probado dentro del libelo gestor, nació el día 23 de mayo de 1961, razón por la cual a los 57 años de edad los alcanzó el 23 de mayo del año 2018, según el reporte de historia laboral, también que reposa dentro del plenario, mi representada tiene acreditadas 1306 semanas y la disposición legal en cita exige tener 1300, con relación a la fecha de adquisición del derecho a la pensión reclamada, la demandante como quiera que ya se estableció que cumplió requisitos exigidos, por la disposición legal, efectuó cotización hasta el día 31 de octubre de 2018, cuando cesó su vinculación laboral, razón por la cual, la pensión se debe reconocer a partir del primero de noviembre de 2018. Circunscribo mi recurso de alzada, solamente en cuanto a este artículo, en razón a la petición antes de tiempo, en los demás me encuentro conforme con la decisión adoptada por el Despacho, en estos términos su Señoría, dejó expuesto mis argumentos, en los cuales sustentó mi recurso apelación a efectos de que se revoque, reitero, el artículo segundo de la sentencia proferida en esta diligencia. Muchas gracias”.

aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante (audiencia virtual No 2, minuto 43:57)³.

³ “Ahora sí, con todo respeto me permito presentar recurso apelación en contra de la sentencia a continuación proferida. El juzgador indicó que se presenta el fenómeno de la ineficacia dada la falta de información, sin embargo, no procedería la declaratoria de ineficacia por cuanto la norma prevé que, para que se dé su declaratoria, se debe demostrar que existió actos que inciden o atentan contra la libertad de la afiliación del trabajador, es decir, sin duda cuando se realizan actos con dolo, para impedir o atentar en contra de esa afiliación, lo que supone la intención de causar daño y en este caso no se alegó o no se acreditó el dolo por parte de mi representada y por el contrario, lo que se expidió con claridad, es que la demandante se inscribió al formulario de afiliación, de manera libre y voluntaria. También, en esta instancia pues traer a colación lo que sucedió en el interrogatorio de parte, dado que sí se colige que, sí se llevó a cabo una reunión, de aproximadamente 20 minutos, en dónde la empresa para la cual laboraba, Alianzaautos, únicamente, pues, según ella le informaron que el ISS se iba acabar, así como también que los dineros que aportaría le generaría rendimientos, pero llama la atención que la demandante, que para la demandante no fue clara la información, no formula preguntas y decide permanecer por aproximadamente 22 años en PORVENIR. Igualmente, confesó, haber suscrito el formulario de afiliación sin ser consumida, sin ser presionada y que nunca hizo ningún trámite para retornar al Régimen de Prima Media, aunque, con posterioridad conoció que el ISS no desapareció, sin embargo, decidió retornar al ISS, hoy COLPENSIONES, si ni siquiera conocer o tener certeza respecto del valor por el cual se pensionaría, también, es preciso mencionar que el a-quo señala, en esta sentencia, que de alguna manera el expediente está huérfano de pruebas y que el formulario de afiliación suscrito en el 98 carece de elementos de juicio para determinar la información entregada a la demandante y pese a que la inversión de la carga de la prueba se hizo, contrario a todo lo dispuesto, esta conclusión no se puede compartir, por cuanto el formulario de afiliación no es un simple formato, en la medida que cumple precisamente con lo establecido y está avalado por exigimiento de la Ley 100 del 93. Luego no, no es dable indicar que mi representada incumplió con la carga probatoria, porque precisamente, ese formulario de afiliación demuestra que la demandante se le, se le brindó información y por eso ella suscribió el formulario de afiliación, también recordar que al mom- quo, ella ya tenía semanas cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, situación que a la nueva luz del régimen pensional, esta es la Ley 100 del 93, no lo excluía, no lo efectuaba, no lo hacía improcedente, más inconveniente su traslado, porque precisamente, su vida laboral ya había icniciado años atrás, y no era posible prever cómo iban a hacer sus últimos años de vida laboral y mucho menos, cuales iban a ser sus ingresos, máxime cuando estás proyecciones se hicieron en el 2010, y para la época, que eso fue en el 98, no se exigía, luego es un hecho objetivamente demostrarme, que de manera libre, durante el tiempo que la demandante estuvo vinculada con mi representada, estos 22 años, ella permitió que se realizarán descuentos, con destino al fondo que representó, conducta que bajo la línea se ha trazado la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, debe considerarse como la verificación de la voluntad del afiliado, y es que así se dijo, en la sentencia con radicado 47236 del 6 de abril de 2016, en donde los Magistrados indican que precisamente se debe concluir, que la voluntad del afiliado era permanecer en uno o en otro régimen, en este caso en el Régimen de Ahorro Individual. Señala la competencia, ya es bien conocido por todos la sentencia emitida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, sala de Casación laboral en donde habla respecto del deber de información, sin embargo, nótese que todas estas, estos casos, fueron estudiados con personas que estaban amparadas por el régimen de transición y la aquí demandante, pues no tiene régimen de transición y aunque, en una de esas sentencias, en ponencia de la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se indica que no importa si tiene o no régimen de transición, vuelve y se estudia con personas que tengan régimen de transición, de manera que no hay nada, no hay una identidad fáctica con el caso que nos ocupa y por eso es preciso mencionar, que en buena hora, algunos Magistrados en esa sentencia aclararon voto entre esas el doctor Rigoberto Echeverry en la sentencia SL1452 de 2019 en donde indica que no debería declararse de manera automática declararse la nulidad o la ineficacia del traslado, pues se debe determinar si se produce un perjuicio claro y cierto, ya que a esas personas se les reconoció un perjuicio

En el recurso de COLPENSIONES su apoderada solicita que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y de manera subsidiaria que se revoque la condena en costas. Afirma que la demandante reconoció en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso que sí recibió asesoría por parte del fondo privado, y considera que no se le puede exigir a las administradoras de pensiones el cumplimiento de obligaciones y soportes de información que no se encontraban previstos en el momento en el cual se efectuó el traslado de régimen pensional de la actora (en el año 1998). Respecto de la condena en costas afirma su improcedencia con fundamento en que no tuvo injerencia en el acto de traslado de régimen que realizó la demandante y que ha cumplido las obligaciones que le corresponden (audiencia virtual No 2, minuto 52:02)⁴.

claro y cierto porque estaban amparadas por el régimen de transición, de manera que, también el indica que no deberían estar autorizados los afiliados para demandar la ineficacia de la nulidad de traslado, simplemente porque con el pasar del tiempo, su plan de pensión no resulta acorde con sus aspiraciones, situación pues qué, ocurre en el presente caso, también destacar la aclaración de voto, que se realizó en la sentencia, en la reciente sentencia de Tutela con radicado 5912, en donde, en ponencia del doctor José Luis Quiroz Alemán, indicó pues que no debería o tampoco comparte, que se deban acceder de manera indiscriminada a las pretensiones de nulidad o ineficacia del traslado con fundamento en una falta información, porque arguye este hacerlo de esta forma, es decir, de forma masiva, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el legislador, por cuanto el legislador estableció que el otro régimen pensional está en cabeza de cada afiliado y pues debe asumir las consecuencias que conllevan esas decisiones, de otra parte, también destacarle al Tribunal que la demandante está inmersa la prohibición legal de la Ley 797 2003, norma que fue sometida al control previo por la Corte Constitucional, pues conforme a la sentencia C-1024 de 2004 fue declarada exequible, previendo aspectos para el interés general, por encima del particular ante la protección del Sistema General de Pensiones y por un lado, para la no descapitalización del Régimen de Prima Media y también, para garantizar el principio de estabilidad financiera del RAIS, por tanto no es dable que la demandante ahora se excuse como una supuesta falta de información, simplemente porque como ya lo mencioné, su plan de pensión no resulta acorde con sus aspiraciones. Y finalmente, respecto de una condena por gastos de administración, pues se debe recordar al Honorable Tribunal que la Superintendencia Financiera de Colombia ya ha indicado taxativamente que en los eventos, en que se proceda la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, eso sí, cómo lo que se debe trasladar es lo que dispone el artículo 113 literal D la Ley 100 del 93 y nótese que de la lectura de esta Ley, pues no se hablan de los gastos de administración, por cuanto los gastos de administración no corresponden a valores, que pertenezcan al afiliado en ningún régimen pensional, porque pues estos al final no van a financiar la prestación de vejez, y por ende, no se imparte cuenta de ellos, en ese sentido le solicitó al Honorable Tribunal de Bogotá, Sala Laboral que revoque la sentencia de instancia y en su lugar absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones en su contra. Gracias”.

⁴ “Gracias señor Juez, encontrándome dentro de la oportunidad procesal y de manera respetuosa, me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de optar el Despacho, resaltando que esta defensa no comparte aquella afirmación que realiza el Despacho, respecto de que la demandante tenía unas características particulares que la hacían encontrarse en una mejor posición, en una posición privilegiada, que debía ser analizado con mayor detalle al momento del traslado de régimen pensional, frente a ello, es

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

preciso resaltar que la demandante, en diligencia de interrogatorio de parte, pues afirmó que sí se hizo una asesoría, que si bien lo único que recordaba era que se le había informado que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, también, en diferentes respuestas, afirmó que no se acordaba de una cantidad de cosas, a voces de la demandante, en ese sentido afirma, que, conforme a lo expresado en el libelo introductorio, a lo expresado en la diligencia de interrogatorio de parte, no es dable pretender o concebir que la demandante no tuvo una asesoría válida al momento del traslado, cuando no recuerda los pormenores de cómo realizó dicha asesoría, abonado a lo anterior, es preciso también recordar que, las codemandadas no reconocen, no desconocen, perdón, que desde el año 1993 existe un deber de informar a sus afiliados, sin embargo, este deber ha sido perfeccionado o ha sido regulado, conforme al pasar del tiempo y conforme a las necesidades que ha vislumbrado el legislador e inclusive, ha sido modificado por la jurisprudencia, en tal sentido no es razonable, ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, cuesta la exigencia, desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso, no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la Constitución Política, ajuste a las normas preexistentes, en este sentido, afirmar que para el año 1998 debieron haber existido múltiples documentos o cualquier otra prueba que permite identificar que a la demandante se le realizó una asesoría más allá del formulario de afiliación que debía firmar y suscribir pues en el momento, requerir pruebas que validen la jurisprudencia y la ley, concebían o requerían a las administradoras de pensiones, también es de resaltar, que aquella afirmación del Despacho en torno a que la demandante no se lo ilustraron sobre las modalidades, condiciones, formas de cuantificar la necesidad de realizar aportes voluntarios, para aumentar la posibilidad de una, de una pensión anticipada o una mejor mesada pensional, considera esta defensa, que eran criterios, o eran, aspectos, que también debía conocer la demandante en la asesoría que debía o debió ser suministrada por el fondo, al cual estaba afiliada, por el fondo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a la que ha estado afiliada, sino también, como una obligación que impone la legislación, particularmente en lo referente al Decreto 2241 de 2010, impone una obligación o un deber a los afiliados, a los consumidores financieros, de conocer, estos aspectos que el Despacho echa de menos e inclusive, es dable, aquella afirmación que el desconocimiento de la ley, pues no es una justificación para, valga la redundancia, para justificar una decisión que se tomó desde 1998. Finalmente y en caso en que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial confiere que le asiste razón a la parte demandante en torno a la declaratoria de una ineficacia es importante recordar que los efectos de esta ineficacia no pueden ser adversos a la administradora, que sí ha cumplido con sus obligaciones contractuales, que actuado conforme a la ley y que inclusive, pues no tuvo injerencia alguna, en la decisión que la demandante tomó en el año 1998, por lo tanto, imponer cargas a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, pues afectaría los intereses de quién no ha cumplido con sus obligaciones, y con sus deberes, en ese sentido, solicitó a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, absolver a mi representada, inclusive en las Costas procesales que fueron, a las que fue condenada mi representada en esta instancia, dejando sustentado de esta forma el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Colpensiones. Gracias”.

regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el

reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 32 años de edad y había cotizado 344.43 semanas⁵, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 8 meses y 11 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado la edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver páginas 38 y 100 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{7 8}, según el cual, se debe

⁵ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada por la demandante a folio 39 y en la historia válida para bono pensional aportada por la AFP PORVENIR S.A. en folios 16 1 164.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁸ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar información al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión". En este sentido: (i) "El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) "Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se

derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia-Corporación estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado; en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, deber que no con feso cumplido la demandante en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso, pues ewn dicha diligencia indicó que los asesores comerciales de la AFP, en una reunión que duró aproximadamente entre 15 y 20 minutos, le dijeron que se debía trasladar a PORVENIR porque el ISS se iba a acabar y

que el fondo privado era mejor pues los aportes tendrían rendimientos (audiencia virtual No 1, minuto 11:24)⁹.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo o por la suscripción del formulario de afiliación a pensiones voluntarias (ver página 150 del expediente digital).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, sumas adicionales de aseguradora, bonos pensionales y rendimientos, sin poder efectuar descuento alguno a título de gastos de administración, para lo cual se sigue el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); la declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados 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”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no

⁹ Ver audiencia celebrada el 11 de diciembre de 2020, subida a la plataforma Stream – Office 236 por el Juzgado de primera instancia y se puede consultar en el siguiente enlace [Ver "AUDIENCIA VIRTUAL No. 2019-379 MARTHA GASCA SAPUY VS COLPENSIONES Y PORVENIR SA" | Microsoft Stream](#)

previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

Igualmente se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto negó el reconocimiento del derecho pensional que reclama la demanda, pues COLPENSIONES tiene a cargo la obligación pensional del demandante *desde* el momento en que se haga efectiva la anulación o devolución de los aportes que la financiarán no antes, pues no se le puede endilgar responsabilidad alguna en las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontró cometidas por los Fondos de Pensiones. Una vez surtido el trasaldo deberá COLPENSIONES ESTUDIAR si LA demandante cumple los requisitos para acceder al derecho pensional y los parámetros normativos bajo los cuales se debe reconocer la prestación (exigibilidad, IBL, tasa de reemplazo, entre otras) conforme la actualización y consolidación de su historial de cotizaciones.

También se confirmará la condena en costas a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en las páginas 200 a 212 y subsanación en las páginas 222 a 234 del expediente digital).

SIN COSTAS en la apelación.

DECISIÓN

Por 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

EXP. 17 2019 00379 01
Martha Helena Gasca Sapuy Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES ROSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ANGIE MARCELA BELTRÁN GALVIS
CONTRA SG INGENIERIA SAS**

Bogotá D. C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandante, la sentencia dictada por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de julio de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANGIE MARCELA BELTRÁN GALVIS presentó demanda contra SG INGENIERIA SAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 15 de diciembre de 2014 hasta el 2 de junio de 2015, fecha en la cual terminó por causa imputable al empleador (despido indirecto). Como consecuencia de lo anterior, pide que se condene al pago de cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios dejados de percibir y aportes a la seguridad social desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha de la sentencia, sanción moratoria, indemnización por despido indirecto, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que ingresó a laborar para la empresa demandada el 15 de diciembre de 2014 mediante contratos de trabajo renovables cada tres (3) meses el último de los cuales vencía el 14 de septiembre de 2015, con salario mensual de \$1.200.000. Manifiesta que la empresa pagaba el salario con retardo y por ello el 21 de mayo de 2015 no se pudo desplazar a una actividad programada por el empleador lo que originó un llamamiento a descargos, y por ello decidió renunciar (folios 2 a 9).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por SG INGENIERIA SAS mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones afirmando que el contrato terminó por justa causa. Afirma que la empresa pagó todas las acreencias laborales y los aportes a la seguridad social de la demandate. Propuso como excepción previa la de prescripción, y de fondo *compensación, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de perjuicios, innominada*. (folios 38 a 44).

En la primera audiencia de trámite se declaró probada la PRESCRIPCIÓN frente a las acreencias reclamadas en el proceso, menos la enumerada como 8ava en la demanda: *“Que se realicen los partes de seguridad social desde el despido indirecto hasta la fecha de la sentencia”* con salario mensual de \$1.200.000 frente a la cual continuó el trámite¹.

Terminó la primera instancia con sentencia dictada el 13 de julio de dos mil veinte (2020), mediante la cual se absolvió a la sociedad demandada de la dicha pretensión. Para tomar su decisión el Juez encontró probado el pago de los aportes durante la relación de trabajo, y que una vez finalizó en contrato

¹ Folio 68 -Cd 2- El Tribunal Superior de Bogotá confirmó el auto proferido por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá (CD 1, minuto 5:14) el día 22 de julio de 2019 que declaró parcialmente probada la excepción previa de prescripción respecto de las pretensiones 1ª a la 7ª y la 9ª de la demanda, y **únicamente** continuó el proceso respecto de la pretensión 8ª *“Que se realicen los partes de seguridad social desde el despido indirecto hasta la fecha de la sentencia”*, por ser un derecho imprescriptible.

no se causó el derecho a dichos pagos, como lo reclama la demanda. Estimó que la prescripción de la acción orientada a declarar la continuidad del vínculo excluía la condena reclamada por este concepto. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad SG INGENIERIA S.A.S., de la pretensión 8 del libelo demandatorio, referente al reconocimiento y pago de las cotizaciones de seguridad social, desde la fecha del despido indirecto hasta la fecha de la sentencia del presente asunto, acorde a lo precedentemente expuesto. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y COBRO DE LO NO DEBIDO, en atención a lo expuesto precedentemente. Relevándose el Despacho del estudio de las demás excepciones dado el resultado de la Litis TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, señálese como agencias en derecho la suma de \$250.000, que deberá ser cancelada por la parte demandante a favor de la demandada CUARTO: Contra la presente providencia solo procede el RECURSO DE APELACIÓN, en caso de no ser apelada la presente providencia, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA”.*

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la demandante y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Una vez revisado el expediente, ningún reparo encuentra el Tribunal a la decisión de primera instancia que será confirmada, pues resulta claro que la demandada cumplió con la obligación de pagar los aportes a la Seguridad Social de la demandante desde el inicio de la relación de trabajo hasta la fecha en que terminó válidamente por renuncia de la trabajadora, el 27 de mayo de 2015.

De este hecho dan cuenta los documentos de folios 53 a 58, y la confesión que se obtuvo sobre la materia en el interrogatorio de parte (Cd 4 Minuto 25:41).

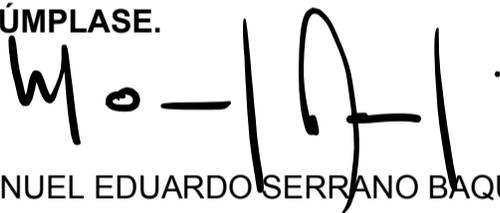
Sobre el pago de aportes con posterioridad a la fecha de terminación del vínculo no se pudo demostrar el derecho a la continuidad de la relación de trabajo por prescripción de la acción. Además, las consecuencias de un eventual despido indirecto cuando se alega la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, no implican el *reintegro* del trabajador (situación que derivaría en el pago de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social), sino en el derecho a una *indemnización* de los perjuicios que se habrían causado, tasada en los salarios hasta la fecha prevista para la terminación de vínculo.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia
2. **SIN COSTAS** en la CONSULTA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA IVETTE ACEVEDO BOHÓRQUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2020 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CLAUDIA IVETTE ACEVEDO BOHÓRQUEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 27 de enero de 2000, y el posterior traslado horizontal entre

fondos privados ocurrido el 9 de septiembre de 2005, con fundamento en que nunca recibió por parte de los asesores de las AFP's una asesoría personalizada, pues no le ilustraron las características generales de los dos regímenes pensionales, ni se le informó que de efectuarse el traslado al RAIS perdería automáticamente el régimen de transición; al contrario, le comunicaron que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a acabar, que en el fondo privado su pensión sería igual o mejor pero nunca inferior a la que podría obtener en el RPM y se podía pensionar anticipadamente. Advierte que el 10 de julio de 2019 solicitó la nulidad del traslado a Colpensiones, la cual fue negada. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la ineficacia del traslado realizado a Colfondos y a Protección S.A., se deje sin efectos la afiliación realizada al RAIS, se ordene a Protección S.A. trasladar la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, y a Colpensiones, recibir dichos valores aceptar el traslado y efectuar la afiliación al RPM (ver demanda en folios 2 a 14 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria, no existen vicios del consentimiento, la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales pues le faltan menos de diez años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional y, no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios de acuerdo con los parámetros establecidos en la sentencia SU 130 de 2013. Advierte, que de encontrarse fundada la nulidad de traslado habrá de garantizarse la devolución de la totalidad de los aportes al RPM, tales como los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración y mermas en la cuenta individual. Propuso como excepciones: *cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de*

la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica (ver contestación en folios 135 a 147 del expediente).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderada, se allanó a las pretensiones de la demanda (folio 164 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que la afiliación se realizó de forma libre, voluntaria y exenta de cualquier vicio del consentimiento, manifestación de la voluntad que se expresó con la suscripción del formulario de afiliación. Además, sostiene que la AFP le brindó una asesoría completa y comprensible de acuerdo a la normatividad y exigencias vigentes para la época. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, 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 y, 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 (ver contestación en folios 165 a 178 del expediente).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: declarar la ineficacia de la afiliación o traslado de la*

señora demandante CLAUDIA IVETTE ACEVEDO BOHÓRQUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y por ende o como consecuencia lógica, el traslado entre administradoras efectuado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN conforme a lo considerado. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido entre el 31 de marzo del año 2000 al 31 de octubre del año 2005 con motivo de la afiliación de la señora demandante como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiese lugar, saldos de cuenta individual, sumas adicionales de aseguradora con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia, como parágrafo aquí autorizamos como único descuento el dinero transferido por esta AFP COLFONDOS a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado entre administradoras el primero de noviembre del año 2005. TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora demandante como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiese lugar, saldos de cuenta individual, sumas adicionales de aseguradora con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos declarando. CUARTO: DECLARAR que la señora demandante CLAUDIA IVETTE ACEVEDO BOHÓRQUEZ se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el otrora INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES conforme a lo considerado. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. SEXTO:

EXP. 23 2019 00632 01
Claudia Ivette Acevedo Bohorquez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otras

SIN COSTAS en esta instancia. SÉPTIMO: se ORDENA la CONSULTA a favor de COLPENSIONES” (CD 2, folio 248, audiencia virtual, hora 1 minuto 6:15).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP COLFONDOS no cumplió con el deber de información, pues además de allanarse a las pretensiones de la demanda, ningún elemento probatorio allegó con el propósito de acreditar que en este caso particular se le HUBIERA suministrado a la actora la información necesaria para llevar a cabo la migración de régimen pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

El apoderado de COLFONDOS, pide que se revoque parcialmente la sentencia en lo referente a la condena a devolver las sumas por concepto de gastos de garantía de pensión mínima y primas de seguro. Afirma que estos descuentos están autorizados por mandato legal, fueron destinados al pago de las pólizas previsionales de la aseguradora de la cual la actora fue beneficiaria durante su afiliación y al pago de la garantía de pensión mínima, por lo cual dichos recursos no se encuentran en cabeza de la AFP (CD 2, folio 248, audiencia virtual, hora 1 minuto 8:25)¹

¹ *“Gracias su señoría, siendo la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación frente a la condena impuesta a la devolución de gastos de garantía de pensiones mínimas y las primas de aseguradora. Solicito a los Honorables Magistrados revocar la condena impuesta por concepto de costas de la garantía de pensión mínima, de gastos de la garantía de pensión mínima y gastos de prima de aseguradora el cual se realiza por disposición legal de conformidad con el Decreto 4182 del 2007 artículo primero según el cual el aporte destinado a los riesgos de invalidez, vejez y muerte se distribuye el 11.5% con destino al cai, el 1,5 para el fondo de garantía de pensión mínima y el 3% de la comisión de administración, es decir, estos recursos no están en poder de Colfondos, además en la fijación del litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuvieren en poder de terceros que ni siquiera fueron vinculados al proceso violándose así su derecho de defensa y contradicción, al paso de dichas garantías también fueron descontadas por Colfondos por tanto solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá se absuelva a mi representada de trasladar dichos conceptos al RPM pues no hay lugar a la misma máxime*

En el recurso de PROTECCIÓN, su apoderada pide que se revoque de manera parcial la sentencia, en lo referente a devolver las sumas por concepto de comisiones de administración y seguro previsional. Afirma que la deducción de dichos valores se realizó como consecuencia de la aplicación de una disposición legal, válida y vigente, por lo que dichos dineros ya se encuentran causados. Aduce, que de acuerdo con la naturaleza de la ineficacia de la afiliación sólo es procedente la devolución de aportes sin los rendimientos financieros generados y advierte que la AFP está impedida para recobrar a la aseguradora como tercero de buena fe y para devolver a COLPENSIONES las sumas por concepto de seguros previsionales toda vez que fueron pagados mes a mes para cubrir los siniestros de invalidez y sobrevivencia (CD 2, folio 248, audiencia virtual, hora 1 minuto 10:01)²

En el recurso de COLPENSIONES, la apodera pide que se revoque la sentencia. Afirma que no existen elementos que permitan evidenciar dolo o vicios en el consentimiento de la demandante. Señala que la actora no cuenta

cuando la afiliación de la actora siempre estuvieron vigentes los riesgos de invalidez y muerte por el tiempo que estuvo afiliada con Colfondos, razón más para que se revoque la orden impuesta a Colfondos de devolver el porcentaje que legalmente se destinó al pago de las pólizas previsionales de aseguradora y garantía de pensión mínima, de todo lo anterior, solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, gracias su señoría”.

² *“Gracias señor Juez, me permito interponer recurso de apelación de manera parcial en lo que tiene que ver con las comisiones de administración, el seguro previsional y lo expongo de la siguiente manera. Las comisiones de administración, la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición válida, exequible, aplicable, legal y vigente y, se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante. En el hipotético caso que se asuma que protección no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a Colpensiones, no debe proceder entonces el traslado de los aportes de la demandante con los rendimientos financieros generados porque en caso de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior, y estos se generaron producto de la gestión y la buena administración de mi representada por lo que en ese sentido sólo habría lugar a que se trasladaran entonces los aportes, pero sin los rendimientos financieros generados. Y en cuanto al seguro previsional se solicita que mi representada no sea obligada a devolver dichos seguros toda vez que mensualmente de la cuenta de ahorro individual se descontó y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiese existido un siniestro de invalidez o sobrevivencia esta financiera estas pensiones por estos conceptos, el seguro previsional ya fue pagado mes a mes a la aseguradora y Protección se encuentra imposibilitado para recobrárselo, enviárselo a Colpensiones toda vez que en este caso la aseguradora fue un tercero de buena fe que no tuvo nada que ver entre el contrato suscrito entre la afiliada y Protección, dejo así sentada mi apelación, muchas gracias”.*

con una expectativa legítima, ni es beneficiaria del régimen de transición, y que la inconformidad quem plantea versa sobre el monto de la mesada pensional frente a lo cual no es posible alegar una falta al deber de información si lo que existió fue un desinterés o descuido de la parte actora (CD 2, folio 248, audiencia virtual hora 1 minuto 11:48)³.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince

³ “Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral de la siguiente manera. En primera medida Honorables Magistrados, no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso pues no hay una expectativa legítima para la demandante, como quiera que a la hora del traslado la misma contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez, lo anterior según la sentencia C 789 del 2002 en cuanto a la llamada expectativa legítima. También es importante tener en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 del 2013, por lo tanto, la demandante debe someterse a los mandatos del sistema general en el cual se encuentra afiliada. Ahora bien, Honorables Magistrados también es importante tener en cuenta la sentencia con radicado 2016 0087 del 2017 del Tribunal Superior de Pereira, la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que ha de recibir en el RAIS por si sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo, siendo realidad que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo máximo si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante, esto es en el año 2000, los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto, pues no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella misma decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 10 años, por lo anterior, Honorables Magistrados solicito de manera respetuosa se revoque dicha sentencia y pues no se decrete la ineficacia aquí solicitada, gracias”.

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 37

años de edad y había cotizado 387,29 semanas⁴, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 3 meses y 16 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver folio 15 y 94 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶ ⁷, según el cual, se debe

⁴ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 159 a 162 del expediente.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) "*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*". Además –dice la Corte- (ii) "*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues "*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*" (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y,

no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

(iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de COLFONDOS le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que el fondo privado le indicó que iba a recibir una pensión igual o mejor incluso que la que podría obtener con el Seguro Social y que el Instituto de Seguros Sociales no estaba recibiendo afiliaciones (CD 2, folio 248 del expediente, audiencia virtual, minuto 10:06).

Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por

posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó el 27 de enero de 2000 a la AFP COLFONDOS S.A. y posteriormente se trasladó a SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS hoy la AFP PROTECCIÓN S.A. el 9 de septiembre de 2005, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada – ver folios 18 y 19 del expediente).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados 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”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Por lo mismo, se confirmará la orden a devolver las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución aquí se está ordenando.

En el mismo grado de jurisdicción y dando respuesta a los argumentos de la apelación, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que dispuso

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 23 2019 00632 01
Claudia Ivette Acevedo Bohorquez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otras

a cargo del fondo demandado la devolución de los aportes para la garantía de pensión mínima, pues para la Corte precede la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual y *“ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional”* (SL 2877 del 29 de julio de 2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE FLORINDA STELLA AVILA MURCIA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 1 de octubre de 2020 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Maria Camila Bedoya García, identificada con T.P. 288.820 para actuar como apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido conforme escritura pública 0120 del 1 de febrero de 2021, y téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme la escritura pública 0120 del 1 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, FLORINDA STELLA AVILA MURCIA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 1 de enero de 2004, con fundamento en que fue inducida en error por parte del fondo privado pues no le informó el capital requerido para pensionarse anticipadamente y, no le ilustró con escenarios comparativos su situación pensional en ambos regímenes pensionales, pese a que tenía una expectativa legítima de causar su derecho pensional en el RPM por contar con más de 1100 semanas cotizadas. Advierte que solicitó a Protección S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, como quiera que dicha solicitud fue negada por no contar con el capital suficiente elevó petición ante la AFP para desistir en el trámite sin obtener una respuesta de fondo y, el 26 de enero de 2018 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, el cual fue negado. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad de la afiliación y por ende del traslado al RAIS administrado por Protección S.A., se ordene la vinculación de la demandante a Colpensiones, a Protección S.A. a devolver con destino al RPM todos los aportes realizados junto con los rendimientos financieros, a Colpensiones a aceptar a la actora como afiliada cotizante al RPM, así como al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional indexado conforme al IPC y los intereses moratorios, y finalmente, pide como medida especial la suspensión del trámite de reconocimiento de la pensión de vejez ante Protección S.A. (ver demanda en folios 3 a 14 del expediente).

Mediante escrito de subsanación de la demanda la parte actora desiste de las pretensiones dirigidas al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en cabeza de Colpensiones, junto con el retroactivo pensional indexado conforme al IPC y los intereses moratorios (ver subsanación en folios 49 y 50 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado es legal y válido, no se acreditó la existencia de una causal de nulidad o vicios en el consentimiento, la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales pues le faltan menos de diez años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional y, no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación y subsanación en folios 64 a 69 y 139 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación se realizó de forma libre, voluntaria y exenta de cualquier vicio del consentimiento, manifestación de la voluntad que se expresó con la suscripción del formulario de afiliación. Además, sostiene que la AFP le brindó una asesoría completa y comprensible de acuerdo a la normatividad y exigencias vigentes para la época. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 103 a 112 del expediente).

Mediante auto del 15 de enero de 2020 el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá tiene por no contestada la demanda por parte de Protección S.A. respecto a las falencias señaladas en auto del 7 de noviembre de 2019 (no allegar la documental referente a la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias y la historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1 de octubre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante FLORINDA STELLA AVILA MURCIA identificada con cédula 39.525.640 al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de enero de 2004 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. 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 a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la parte demandada PROTECCIÓN, fijándose como agencias en derecho la suma de ochocientos mil pesos”* (audiencia virtual, minuto 40:19).

La Juez aclara la sentencia en el entendido que deben regresarse las cuotas de administración, la cual tiene el siguiente tenor literal *“con cuotas de administración, todo”* (audiencia virtual, minuto 41:45)

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP PROTECCIÓN no acreditó que para el año 2004 se le hubiera brindado a la actora la información necesaria, clara, oportuna y suficiente para que el consentimiento estuviera debidamente informado, toda vez que no obraron elementos de juicio que acreditaran o desvirtuaran dicha circunstancia

pues no se le informó sobre el capital mínimo para pensionarse anticipadamente, ni las modalidades del RAIS, los factores para hallar el IBL o las condiciones para obtener la mesada pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación la apoderada de PROTECCIÓN S.A.

La apoderada de PROTECCIÓN, pide que se revoque de manera parcial la sentencia en lo referente a devolver las sumas por concepto de cuotas de administración. Afirma que el traslado de dichos valores sería un castigo para la AFP por la excelente gestión de administración de los recursos, además, dicha condena generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones y dada la naturaleza de estos dineros y la distinción con la pensión, los mismos podrían ser objeto de prescripción (audiencia virtual, minuto 41:47)¹

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

¹ *“Muchas gracias su señoría, siendo el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación parcial a la sentencia ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en el entendido de que fue condenada mi representada a trasladar las cuotas de administración. Tal y como quedó demostrado dentro del proceso, mi representada realizó una excelente gestión de administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto se evidencia en el reporte de cuenta que aportó Protección al proceso donde se puede evidenciar que los rendimientos generados superan casi en un doble los aportes, entonces ordenar a mi representada a trasladar las cuotas de administración sería como castigarla por la excelente gestión de administración que realizó de estos recursos, adicionalmente, se estaría desconociendo el derecho a las restituciones mutuas; una razón adicional para no ordenar a mi representada a trasladar estas cuotas de administración es que se generaría un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, entidad que nunca realizó gestión de administración de los recursos de la hoy demandante, adicionalmente estas cuotas de administración tienen una naturaleza completamente diferente a la pensión por lo que podríamos entrar a hablar de la prescripción de estas cuotas de administración, por lo anterior, ruego al Honorable Tribunal Superior de Bogotá se revoque parcialmente esta sentencia en el entendido de que fue condenada mi representada a trasladar estas cuotas, muchas gracias su señoría”.*

regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el

reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 43 años de edad y había cotizado 919,71 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 7 meses y 19 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver folio 15 y 47 del expediente).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual, se debe

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el expediente administrativo, CD 3 a folio 70 del expediente.

³ *Ibidem*.

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión". En este sentido: (i) "El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) "Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se

casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PROTECCIÓN S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que el fondo privado le indicó que tenía la opción de manejar una mesada más alta, de obtener la pensión a más temprana edad y que el fondo anterior se iba a acabar (audiencia virtual, minuto 07:57).

Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que*

permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados 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”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado