



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR EDGAR OSWALDO PEÑA CUBILLOS contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 029 2019 00691 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El actor solicitó se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 1281 de 1994, así como del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia bajo las previsiones del Decreto 758 de 1990 se ordene el reconocimiento y pago de la pensión especial por actividades en alto riesgo por exposición a altas temperaturas; pretendió el pago de las mesadas pensionales causadas desde el 20 de junio de 2015 y los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, manifestó que nació el 20 de junio de 1965 y se encuentra vinculado al régimen de prima media con prestación definida en el cual ha cotizado un total de 1651 semanas de las cuales 1350 lo fueron ejerciendo actividades de alto riesgo por encontrarse expuesto a altas temperaturas como empleado de Cristalería Peldar S.A.; informó que la entidad

demandada le negó ese reconocimiento mediante Resolución GNR 245097 del 12 de agosto de 2015, decisión que fue reiterada en los posteriores actos administrativos que profirió la entidad. Informó que su empleador le expidió certificaciones sobre las funciones desempeñadas en las referidas actividades de alto riesgo y por eso realizó los aportes adicionales establecidos legalmente, por lo cual argumenta que se le debe efectuar el reconocimiento pensional pretendido.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones al manifestar que el demandante no acreditó el número de semanas establecido en el Decreto 2090 de 2003, porque no se acreditan las cotizaciones especiales al sistema que son necesarias para el reconocimiento de la pensión bajo la norma especial. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 22 de septiembre de 2020, dispuso:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a través de su representante legal o quien haga sus veces a reconocer y pagar la pensión de vejez por actividades de alto riesgo al señor EDGAR OSWALDO PEÑA CUBILLOS identificado con cedula de ciudadanía número 208.477 a partir del 20 de junio del año 2015 correspondiente a una mesada de \$ 3.545.277 por 13 mesadas al año y para los siguientes años quedara así:

*2015-\$ 3.545.277
2016-\$ 3.785.292,25
2017-\$ 4.002.946,56
2018-\$ 4.166.667,07
2019-\$ 4.299.167,08
2020-\$ 4.462.535,43*

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a través de su representante legal o quien haga sus veces a reconocer y pagar al señor EDGAR OSWALDO PEÑA CUBILLOS identificado con cedula de ciudadanía número 208.477, el respectivo retroactivo causado desde el 20 de julio de 2015 y las mesadas que se sigan causando hasta que sea incluido en nómina de pensionados.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a través de su representante legal o quien haga sus veces a a reconocer y pagar al señor EDGAR OSWALDO PEÑA CUBILLOS identificado con cedula de ciudadanía número 208.477, los intereses moratorios de que trata el

artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 20 de julio de 2015, hasta que sea incluido en nómina y se pague el correspondiente retroactivo.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 2.000.000.

QUINTO: De no ser apelada la sentencia CONSULTESE con el Honorable Tribunal Superior.”

Como sustento de su decisión y luego de referirse a las pruebas recaudadas en el curso del debate probatorio, consideró la Juez que en este caso de conformidad con la Resolución GNR 245097 del 12 de agosto de 2015, se agotó en debida forma la reclamación administrativa; de otra parte de conformidad con el Decreto 2090 de 2003, artículo 2°, mediante el cual se establecen las actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores y artículo 3°, del Decreto en mención, en el cual se indican los requisitos para ser beneficiario de pensiones especiales de vejez, encontró demostrado que el actor, es beneficiario de dicha pensión, ya que las actividades por él desempeñadas son de alto riesgo de conformidad con la norma citada; argumentó que dentro del plenario quedó plenamente acreditado, por parte de la ARL a la cual se encontraba afiliado el actor y por su empleador, que efectivamente estuvo expuesto a altas temperaturas y que en virtud de esa exposición se hicieron las cotizaciones adicionales correspondientes, de conformidad con certificaciones aportadas al plenario. Además que el actor cumple con los requisitos de edad y semanas cotizadas, para tal beneficio de conformidad con la Ley 797 de 1997, por lo que se reconoce a partir del 20 de junio del año 2015, fecha en la cual cumplió el actor 50 años de edad y pese a que el demandante continuó en el sistema de pensiones, realizando cotizaciones, se concederá lo pretendido teniendo en cuenta que la demanda indujo en error al actor, al no reconocerle la pensión para la fecha en la cual reunió los requisitos exigidos.

En cuanto a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señaló que la Ley otorga un plazo de 4 meses para el reconocimiento de la pensión solicitada, y pese a que el actor solicitó dicha prestación desde el 3 de diciembre de 2014, en esa fecha no cumplía con los requisitos para ser beneficiario de la misma; por lo cual condenó al pago de los referidos intereses moratorios a partir del 20 de junio de 2015, por ser la fecha en que acreditó el cumplimiento de tales requisitos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Inconforme con la decisión, el apoderado de Colpensiones solicitó su revocatoria respecto de los intereses moratorios a que fue condenada la entidad, al considerar que no hay lugar a ese reconocimiento y para ello sostuvo:

“Porque éstos se generan cuando se ha incurrido en el no pago de mesadas pensionales reconocidas, sin embargo, en el presente asunto no fue reconocida la pensión en su momento, por lo tanto, al no existir dicho reconocimiento resulta improcedente el pago de los intereses moratorios, toda vez que Colpensiones no negó dicha pensión de forma arbitraria sino por el contrario de conformidad con lo indicado en la Ley.

De acuerdo con su naturaleza Colpensiones únicamente se encuentra facultada para realizar una labor de valoración de las pruebas documentales que se allegan al momento de realizar el correspondiente estudio, así como también se tiene en cuenta el expediente pensional del cotizante y con base en ello determinar el cumplimiento de los requisitos dispuestos por el legislador y la jurisprudencia para acceder o no al reconocimiento de las prestaciones económicas creadas por el Sistema General de Pensiones, ya que el responsable de examinar, conocer, controlar y supervisar las condiciones en las cuales los trabajadores desempeñan sus actividades labores, es el empleador y de esas funciones deviene necesariamente la administración de la información requerida para certificar el desempeño de actividades de alto riesgo por parte de los afiliados al sistema, esto de conformidad con lo establecido en el Decreto 1072 de 2005 de que trata el Decreto Único Reglamentario Del Sector Trabajo, mediante el cual se establecieron las obligaciones de los empleadores frente a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, y en cual el parágrafo 4° del artículo 2.2.4.615, se indicó que se deben indicar y relacionar en el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo, los trabajadores que se dediquen de forma permanente a las actividades de alto riesgo en las que se hace referencia al Decreto 2090 del 2003, o la que la norme modifique, por lo que se observa que Colpensiones al realizar el estudio pertinente observó que no se encontraba acreditado las condiciones en las cuales estaba realizando la actividad laboral el actor, por tanto no sería procedente el reconocimiento de los intereses moratorios solicitados.

Solicito el estudio de la pensión concedida, en el sentido que se deben examinar las certificaciones laborales allegadas realizando el estudio integral de este caso.”

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo señalado en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la Sala estudiará si le asiste derecho al actor al reconocimiento y pago de la pensión especial por haber laborado en actividades de alto riesgo, y de salir avante tal pretensión determinar la procedencia de la condena al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar, se debe considerar que el actor no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el 1° de abril de 1994 contaba con 28 años y aunque tenía cotizadas 758 semanas (fls. 36 y CD historia laboral), tampoco alcanzó al cumplimiento del requisito de edad previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues al 31 de diciembre de 2014 contaba con 49 años de edad, en ese sentido no le son aplicables las previsiones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990 que aprobó el Decreto 758 del mismo año,

ni en el Decreto 1281 de 1994 modificado por el Decreto 2150 de 1995 que en su artículo 8°, reprodujo los requisitos contenidos en el referido artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para tener derecho al régimen de transición y acceder al reconocimiento de la referida pensión especial bajo tales preceptos legales.

Así las cosas, es preciso señalar que el tema debe entonces ser definido por el Decreto 2090 del 28 de julio de 2009 que en su artículo 1° señaló:

“Definición y Campo de Aplicación: - El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo”.

Para el reconocimiento de las pensiones especiales de vejez, en su artículo 3 indica:

“...Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente”.

El artículo 4° del mencionado Decreto contiene las condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez:

“La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

La aplicación de la norma mencionada ha sido definida por la H. Corte Constitucional, en la sentencia C-663-2007, en la cual se hace un recuento normativo y se citan todos los pronunciamientos de esa Corporación respecto al tema, para ser fijados por esa Corporación los requisitos para tener derecho al régimen de transición, en los siguientes términos:

“En consecuencia, el régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, - que hoy se acusa -, resulta ser un régimen de transición distinto al de la Ley 100 de 1993, lo cual plantea cuestiones atinentes a la aplicación del régimen más favorable al trabajador.

En ese orden de ideas, en el hipotético caso en que en una situación concreta un trabajador se vea amparado por ambos regímenes de transición, - el de la Ley 100 y el del Decreto 2090 de 2003 -, lo cierto es que, al existir dos normas vigentes y aplicables para una misma situación, debe prevalecer a la luz de la Constitución aquel régimen que resulte más favorable y benéfico para el trabajador involucrado, por tratarse de disposiciones pensionales”.

De conformidad con el anterior marco normativo, pasa la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para efectos de establecer si al actor le asiste el derecho que reclama. Para ello, se corroborará en primer lugar si el actor desempeñó actividades de alto riesgo por lo menos durante 700 semanas. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien la norma exige efectuar la cotización especial por dicho período de tiempo, el reiterado criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sentado que el alcance de ese precepto implica la verificación de que la actividad cumplida por el trabajador corresponda a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, pues no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe proceder al reconocimiento de la prestación. Ello, sin perjuicio de que la entidad de seguridad social pueda reclamarle al empleador que no satisfizo la obligación del aporte especial o que el juez lo imponga por tratarse de una obligación legal (sentencia SL 585-2013). Por tanto, no resulta pertinente que el juzgador verifique en el proceso si en efecto el empleador realizó la cotización especial a la entidad de seguridad, pues la omisión en su pago no puede ser un obstáculo ante un eventual reconocimiento de la pensión especial de vejez.

En este caso se advierte que a folio 30 del expediente obra certificación de fecha 10 de noviembre de 2014, expedida por el empleador CRISTALERÍA PELDAR S.A. a solicitud del demandante en la cual se indica: *“...la Compañía realizó sus aportes de pensiones con el 6% adicional desde el 01/01/1995 hasta 1/07/2003 y con el 10% adicional desde 1/08/2003 hasta la fecha, de acuerdo con los oficios de altas temperaturas desempeñados por usted”.*

Ahora bien, se entiende que las semanas cotizadas no necesariamente tienen que ser todas cotizadas en forma especial, pues ello dejaría sin sentido lo dispuesto en

el artículo 2° del citado Decreto 2090 de 2009, señalando el inciso final que *“la edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las primeras 1000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.”*

Con base en la segunda normatividad, si bien se reduce la edad para acceder a la pensión especial de vejez a 55 años con la posibilidad de reducirse a partir del cumplimiento de las primeras 1000 semanas, se debe acreditar la cotización por un mínimo de 1000 semanas, pero en todo caso, demostrar la dedicación *“en forma permanente y por lo menos durante quinientas (500) semanas, continuas o discontinuas, al ejercicio de las actividades”* catalogadas como de alto riesgo.

Ahora bien, en cuanto al monto de la pensión especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° del D.L. 1281 de 1994, se tiene que *“será el que se determina en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993”*, es decir, que el monto máximo será del 85% del ingreso base de liquidación, y no inferior al salario mínimo legal.

Por otra parte del documento de identificación visto a folio 36 del plenario, se verifica que el actor nació el 20 de junio de 1965, cumpliendo la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2020 y acreditando un total de 1684 semanas de las cuales 1121 corresponden a cotización especial por actividades de alto riesgo, así mismo teniendo en cuenta la reducción de edad *“en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial adicionales a las primeras 1000 semanas, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.”*, se determina en 53 años de edad el cumplimiento del requisito de edad del demandante para ser acreedor a la pretendida pensión especial, los cuales cumplió el 20 de junio de 2017.

En conclusión, como quiera que el demandante reunió los requisitos exigidos por el Decreto 2090 de 2003, tiene derecho a percibir una pensión especial por actividad de alto riesgo, a partir de 20 de junio de 2017, sin que la excepción de prescripción hubiese afectado la prestación, al ser negado su reconocimiento por la entidad demandada el 12 de agosto de 2015, así como el recurso de reposición el 3 de mayo de 2016, el de apelación el 19 de marzo de 2019 y presentar la demanda el 5 de noviembre de 2019 (folios 10 y 55)

Teniendo en cuenta que frente al monto en que fue reconocida la pensión especial al actor, no se expresó inconformidad alguna en el recurso de apelación, se pronuncia la Sala con respecto a los intereses moratorios cuya condena dispuso el Juzgado y que solicita el apoderado de la entidad demandada sean revocados. Para resolver encuentra la sala que al momento de presentarse la solicitud de reconocimiento pensional a partir de 2015, no se reunían el requisito de edad ni la posibilidad de descontarla por semanas de cotización especial posteriores a las 1000, razón por la que Colpensiones no podía considerarse en mora para tal momento, ya que solo fue a partir del descuento en la edad, que el actor lleno los requisitos para acceder al derecho en el año 2017, es decir cuando los supuestos facticos de la reclamación inicial ya se habían alterado por el discurrir del tiempo, siendo posible para Colpensiones conceder el derecho desde tal fecha, por lo cual no existe ningún fundamento para absolver del reconocimiento de intereses, cuando el derecho se causó el 20 de junio de 2017, con la acreditación de los requisitos de ley, así como la suficiente comprobación de las cotizaciones especiales del empleador realizadas en su oportunidad, sin que sea de recibo el argumento de la demandada para fundamentar su negativa, por lo cual habrá lugar a condenar al reconocimiento de intereses moratorios a partir del 20 de junio de 2017.

Por lo indicado, la sentencia recurrida será MODIFICADA al haberse determinado por el a quo el reconocimiento a partir del 20 de junio de 2015, debiendo igualmente modificarse en cuanto al retroactivo concedido a partir de esa fecha, el cual al igual que la primera mesada pensional. como ya quedó establecido, procede a partir del 20 de junio de 2017, en el valor fijado y no discutido por la demandada.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2020, en el sentido de establecer la fecha del reconocimiento pensional del demandante a partir del 20 de junio de 2017, así mismo será a partir de esa fecha que se deberá efectuar el reconocimiento del retroactivo pensional y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en los demás aspectos.

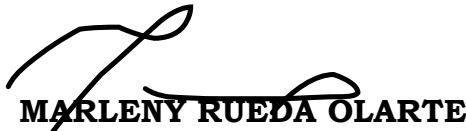
TERCERO: SIN COSTAS en el recurso.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,



IORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ARTURO DEL SAGRADO CORAZÓN FALLA ROBLES contra OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Expediente n.º 11001 3105 032 2019 00125 01

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Resuelve esta Sala de decisión los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

En esta instancia se recibieron alegatos de conclusión allegados por los apoderados de las demandadas, la apoderada de COLFONDOS S.A. solicitó absolver a ese Fondo de todas las pretensiones de la demanda con fundamento en que no es la llamada a realizar el cálculo por cuanto el demandante para la fecha en que éste se debe realizar, estaba vinculado al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

A su vez la apoderada de OCCIDENTAL DE COLOMBIA solicitó revocar la sentencia de primera instancia al manifestar que no existe obligación de efectuar los aportes ordenados, en razón a que esa empresa tuvo un llamamiento a inscripción ante el ISS diferente y tardío respecto de las demás empresas del sector privado.

El apoderado del demandante se refirió a la jurisprudencia que existe frente al tema, reiteró lo manifestado en la demanda frente al derecho irrenunciable del trabajador a que se le efectúen por parte del empleador obligado a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante se condene a la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA en calidad de empleador a pagar el cálculo actuarial a la AFP COLFONDOS S.A., por el periodo laborado entre el 3 de mayo de 1985 al 31 de enero de 1992, condenar al referido Fondo a efectuar el cálculo actuarial por el periodo referido y que éste le reliquide la pensión de vejez teniendo en cuenta todo el tiempo laborado. De manera subsidiaria solicitó el pago de dicho cálculo actuarial se haga por la empresa empleadora a COLPENSIONES.

Como fundamentos fácticos manifestó que nació el 2 de octubre de 1954 y para la fecha en que presenta la demanda cuenta con una edad de 64 años; informa que laboró para la demandada Occidental de Colombia entre el 3 de mayo de 1985 y el 31 de enero de 1992, sin que en ese lapso hubiera sido afiliado al sistema de seguridad social en pensiones. Agrega que el 17 de noviembre de 2016 le fue reconocida por Colfondos S.A. la pensión de vejez, narra que elevó derecho de petición a quien fuera su empleador para que efectuara el pago de los aportes adeudados y en respuesta se le indicó que en ese periodo no estaba obligada a afiliar a sus trabajadores al sistema pensional. Afirma haber solicitado a las dos entidades de seguridad social demandadas, que se le efectuara el cálculo

respectivo, las que le respondieron que debía elevar la solicitud a su empleador.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC mediante escrito que obra a folios 70 a 87 dio contestación, con aceptación de la existencia del vínculo laboral con el actor por el tiempo referido en la demanda, pero se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que para esa época no existía la obligación legal para la demandada de afiliar al Instituto de Seguros Sociales, como tampoco de pagar aportes para pensión y que solo hasta el año de 1993 surgió esa obligación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, falta de causa y de título y abuso del derecho.

COLPENSIONES contestó la demanda como consta a folios 109 a 117, dijo no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la demanda al manifestar que el demandante no se encuentra vinculado a esta entidad, sino a la AFP COLFONDOS, quien debe efectuar el cálculo si a ello hubiere lugar. Propuso las excepciones de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y la genérica.

COLFONDOS S.A., dio contestación mediante el escrito que obra a folios 133 a 145, fundamentó su oposición en que para el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, el rais no tiene en cuenta un número determinado de semanas cotizadas por ser en función del capital acumulado que se fija su valor, por lo cual consideró no estar obligada a lo pretendido en la demanda. Al proponer excepciones, propuso la de falta de integración del litis consorcio necesario respecto de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, falta de causa para demandar, prescripción, compensación, pago, falta de legitimación en la causa y la genérica.

LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, como se observa en el escrito que obra a folios 184 a 188, dio contestación e informó lo referente a la redención del bono pensional del actor que se hizo el 2 de octubre de 2016 al haberlo solicitado Colfondos S.A. Propuso las excepciones de buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020 el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA y LA EXCEPCIÓN GENÉRICA formuladas por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO y NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES FORMULADAS POR LAS DEMAS DEMANDADAS COLFONDOS S.A., COLPENSIONES Y OCIDENTAL DE COLOMBIA, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO., CONDENAR A LA DEMANDADA OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, a pagar el cálculo actuarial por los servicios prestados por el demandante ARTURO DEL SAGRADO CORAZON FALLA ROBLES, entre el 3 de mayo de 1985 y el 31 de enero de 1992, teniendo en cuenta los salarios que se encuentran certificados a folios 28 y 29 del expediente.

TERCERO: CONDENAR A LA DEMANDADA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a elaborar el cálculo actuarial dispuesto en el numeral anterior y a reliquidar la pensión de vejez del demandante una vez recibido el pago del cálculo actuarial teniendo en cuenta para la reliquidación los saldos que surjan en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con la expectativa de vida del demandante y su grupo familiar beneficiario del derecho pensional.

CUARTO. ABSOLVER ala demandada COLPENSIONES y a la integrada al proceso MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones incoadas por el demandante.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, inclúyase en la respectiva liquidación la suma equivalente a 2 S.M.L.V. SIN COSTAS respecto de las demandadas COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y la integrada al proceso MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.”

Para fundamentar su decisión el a quo citó la jurisprudencia que existe frente al tema objeto del litigio y consideró que se debía aplicar en este caso, porque no se puede desconocer que al demandante le asiste el

derecho a constituir su pensión en debida forma y de acuerdo con el tiempo efectivamente laborado.

IV. RECURSOS DE APELACION

La apoderada de OCCIDENTAL DE COLOMBIA solicitó se revoque la decisión recurrida, hizo referencia a la orden dada en la sentencia para manifestar que se rechaza con fundamento en lo sostenido a lo largo del proceso, en el que si bien se aceptó la existencia del vínculo laboral con el actor durante el tiempo referido en la demanda, es evidente que en ese lapso no se hicieron cotizaciones a pensión porque fáctica y jurídicamente era imposible hacerlo ya que la afiliación se dio de manera progresiva y dependía del llamamiento que se hiciera por parte del ISS, el cual para las empresas petroleras se dio a partir del 1º de octubre de 1993, fecha en que ya no estaba vigente el contrato de trabajo y sostuvo que por ello la convalidación de tiempos surge cuando el vínculo está vigente a la entrada en vigor de la Ley de Seguridad Social que así lo ordenó, lo cual no ocurre en este caso, razón por la que argumenta que no podía el a quo ordenar el cálculo actuarial porque la ley en su momento no lo contemplaba por no ser un empleador omiso.

El apoderado de COLFONDOS S.A., igualmente recurrió la sentencia y se opuso a la orden que le fue dada a ese Fondo de elaborar el cálculo actuarial al considerar que es la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA la que lo debe efectuar por ser la que conoce el salario devengado en esa época por el actor; reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda, en cuanto a haberse efectuado el reconocimiento de la pensión de vejez con base en el capital acumulado en la cuenta individual del demandante.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPT y SS, la Sala examinará si al demandante le asiste derecho al pago del cálculo actuarial

frente a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo laborado con la demandada empleadora.

No se presentó discusión en este asunto frente a la existencia del vínculo laboral entre el actor y la empresa OCCIDENTAL DE COLOMBIA, al ser aceptado desde la contestación de la demanda que en efecto el demandante prestó sus servicios por el tiempo comprendido entre el 3 de mayo de 1985 y el 31 de enero de 1992; así mismo manifestó la enjuiciada que durante ese tiempo, no efectuó afiliación ni pago de aportes al sistema de seguridad social del demandante, por las razones ya mencionadas consignadas en su escrito de contestación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte al considerar en reciente línea jurisprudencial que el simple trabajo, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales y que no puede, en consecuencia, así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, por corresponder a un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable; lo cual quedó sentado entre otras en la sentencia con Radicación n.º 51416 (SL 14215) del 6 de septiembre de 2017, en la que se enuncio:

“Sustancialmente los argumentos esbozados por el recurrente se pueden sintetizar en tres problemas jurídicos: (1) ¿la fuerza mayor o la imposibilidad de afiliar a los trabajadores en la fecha en que el seguro social llamó a inscripción obligatoria, exime a la empresa de sus responsabilidades hacia la seguridad social en pensiones, específicamente de contribuir al financiamiento de la pensión mediante el giro de un título o cálculo actuarial?; (2) ¿existe subrogación pensional cuando la empresa, por razones no imputables a su conducta, no puede realizar la afiliación de sus trabajadores al seguro social obligatorio?; y (3) ¿las responsabilidades derivadas de la falta de afiliación de los trabajadores al sistema pensional se determinan con arreglo a las normas vigentes a la fecha de verificación de la omisión o de causación del derecho pensional?

(...) Cabe señalar que las situaciones de fuerza mayor, las provenientes de autoridad (ej. no cobertura geográfica por decisión administrativa) o sobre las cuales el empleador no puede incidir o determinar su destino, y que de una u otra forma frustran o imposibilitan la afiliación al seguro social obligatorio, no generan la pérdida de las semanas laboradas para efectos pensionales. En primer lugar, porque la obligación de asumir las pensiones o de contribuir a su financiación, no puede abordarse desde una perspectiva sancionatoria o punitiva. Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado y están dirigidos a garantizar al trabajador un ingreso económico periódico, tras largos años de servicio que han redundado en su desgaste físico natural. Quiere decir lo anterior que el simple trabajo, desplegado en favor de un empleador, debe tener efectos pensionales. No puede, en consecuencia, y así sea por razones ajenas al empresario, desecharse tales tiempos, pues, se insiste, son un derecho ligado a la prestación del servicio, de índole irrenunciable.

En tal sentido, la Sala ha defendido la tesis de que «la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado» (SL 33476, 30 sep. 2008). En ese sentido, no se equivocó el Tribunal al concluir que si bien el empleador se encontró en imposibilidad de afiliación -teniendo en cuenta que hasta el 1 de agosto de 1986 no existió cobertura del ISS en el municipio de Apartadó, y que los trabajadores a través del sindicato impidieron la afiliación a los riesgos de IVM hasta el 1 de marzo de 1994-, lo cierto es que no se desliga de sus obligaciones frente al sistema de seguridad social, de manera que aún conserva ciertas responsabilidades en torno a la financiación de la pensión, a través de la emisión de un cálculo actuarial. En esa medida no es cierto, como lo alude el recurrente que las omisiones de afiliación que dan lugar a la emisión del título pensional, son aquellas que aunque obligatorias, resultan imputables al empleador, por culpa o negligencia, pues la jurisprudencia de esta Corte ha evolucionado hasta encontrar una solución común a las hipótesis de omisión en la afiliación al sistema de pensiones, se itera, guiada por las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, que no se aleja diametralmente de la que sostiene frente a situaciones de mora en el pago de aportes, pues, en este caso, se mantiene la misma línea de principio de que las entidades de seguridad social siguen a cargo del reconocimiento de las prestaciones.

Bajo esa orientación, la Sala reitera que, ante la hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, sea por culpa o no del empleador, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad, tal y como lo concluyó el juzgador de segundo grado.

(...) Entonces, resulta inaceptable considerar que el trabajo humano puede, bajo determinadas circunstancias, no tener efectos en materia pensional. De una forma u otra, el empleador que se sirve de la fuerza de trabajo de una persona, quien por el transcurso del tiempo ha visto mermada su capacidad laboral, debe contribuir a la cobertura del riesgo de vejez, ya sea mediante el pago directo de la pensión o el giro de un título pensional suficiente. Admitir la tesis libérrima de las obligaciones propuesta por el demandado, conduciría a aceptar que, no obstante, el empleador se benefició de la actividad del trabajador, queda exento del deber de contribuir a su protección social. En este sentido, no sobra aclarar que el pago de la pensión o del aporte para su financiación no es un regalo o una concesión fundada en consideraciones proteicas y etéreas de equidad, sino, se insiste, un derecho derivado del vínculo laboral. Por esto mismo, los ingredientes subjetivos o de culpa que el casacionista quiere incluir para condicionar el giro del título pensional, son improcedentes, pues la obligación de concurrir al financiamiento de la pensión, además de ser indisponible e irrenunciable, es consecuencia inmediata de la prestación del servicio. Así las cosas, una vez sean derruidas todas las barreras que impidan dar cumplimiento a esta obligación, el empleador debe utilizar los mecanismos que tenga a su alcance para solucionar los trances en que no pudo satisfacer sus obligaciones con la seguridad social en pensiones, lo cual, como se vio en este caso, se remedia mediante el pago de un cálculo actuarial.”

Bajo las anteriores premisas fácticas y jurídicas, se confirmará la sentencia apelada, ya que se cumplen los supuestos que viabilizan el reconocimiento de los periodos no cotizados por la empleadora demandada y que son objeto de reclamación por el actor del presente juicio, en las condiciones y forma señalada en la sentencia de primera instancia.

No se accede a lo solicitado por Colfondos, en la medida en que fue quien reconoció la pensión del actor y en consecuencia a quien corresponde tanto el calculo como el recaudo de la condena a cargo de la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA, y el respectivo reajuste de la pensión una vez se haga efectivo.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 22 de septiembre de 2020, conforme se expuso en las motivaciones.

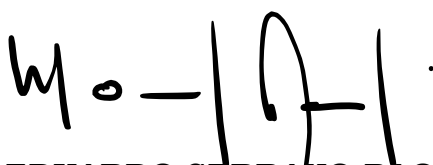
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

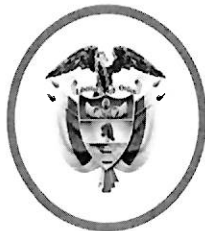
Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR MARTHA ALFARO ALDANA contra TITO LOZANO
ESTUPIÑÁN**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 032 2017 00564 -01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resuelve el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de noviembre de 2020.

Por otra parte, se advierte que el Curador ad litem designado por el Juzgado para representar al demandado presentó escrito de alegaciones en el que manifestó que entre las partes existieron dos contratos laborales a término indefinido, el primero entre el 4 de mayo y el 31 de diciembre de 2013 y el segundo desde el 7 de enero hasta el 15 de septiembre de 2014, sin que entre uno y otro se hubiera presentado continuidad, toda vez que hubo un periodo de 6 días no laborados; en cuanto a la sanción moratoria pretendida el Juzgado dispuso la condena que corresponde a los intereses moratorios previstos en el artículo 65 del C.S.T., en razón a que la demanda se presentó después de los 24 meses de haber terminado el

último contrato. Con tales fundamentos solicitó conformar la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó se declare que existió con el demandado un contrato verbal de trabajo por el tiempo comprendido entre el 4 de mayo de 2013 y el 15 de septiembre de 2014, el cual terminó por voluntad de las partes; pretendió el pago de salarios adeudados, así como las cesantías e intereses, primas de servicios, vacaciones por el tiempo laborado; la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., la sanción por no consignación de cesantías a un fondo establecida por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculada laboralmente con la persona natural demandada durante el lapso comprendido entre el 4 de mayo de 2013 y el 15 de septiembre de 2014, fecha en que terminó el vínculo por voluntad de las partes, informó que fue contratada para realizar las labores de servicio doméstico con una remuneración inicial de \$500.000 para el año 2013 y \$600.000 para el año 2014, sin que a la fecha de terminación del contrato le hubiera cancelado el empleador la totalidad de los salarios, ni las prestaciones y conceptos laborales que relacionó en las pretensiones de la demanda.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por auto de fecha 1º de febrero de 2018 el Juzgado ordenó el emplazamiento del demandado y le designó curador ad litem (fl. 39), el auxiliar de la justicia se notificó personalmente el 22 de agosto de 2019, según consta en acta que obra a folio 157 y dio contestación mediante escrito incorporado a folios 158 a 164. El demandado TITO LOZANO ESTUPIÑÁN compareció a la audiencia fijada por el Juzgado en la que se evacuaron las pruebas, incluido el interrogatorio de parte a la referida persona natural enjuiciada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por auto de fecha 1º de febrero de 2018 el Juzgado ordenó el emplazamiento del demandado y le designó curador ad litem (fl. 39), el auxiliar de la justicia se notificó personalmente el 22 de agosto de 2019, según consta en acta que obra a folio 157 y dio contestación mediante escrito incorporado a folios 158 a 164. El demandado TITO LOZANO ESTUPIÑÁN compareció a la audiencia fijada por el Juzgado en la que se evacuaron las pruebas, incluido el interrogatorio de parte a la referida persona natural enjuiciada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, Resolvió:

“PRIMERO. - DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de pago de la obligación y PROBADA la excepción de inexistencia de vicios del consentimiento y ausencia probatoria, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. - DECLARAR que entre la demandante MARTHA ALFARO ALDANA y el demandado TITO LOZANO ESTUPIÑÁN existieron dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero de ellos entre el 4 de mayo y el 31 de diciembre de 2013 y el segundo entre el 7 de enero y el 15 de septiembre de 2014.

TERCERO. - CONDENAR al demandado a pagar a la demandante los siguientes valores y por los siguientes conceptos: Por diferencias entre el salario reconocido y el salario mínimo legal mensual vigente la suma de cuatrocientos cuarenta y cuatro mil ochocientos cincuenta pesos (\$444.850.00), y Por concepto de reliquidación de las prestaciones sociales a la terminación de los contratos de trabajo la suma de ciento cuarenta y un mil quinientos ochenta pesos (\$141.580.00).

CUARTO. - CONDENAR al demandado TITO LOZANO ESTUPIÑÁN a pagar a la demandante intereses moratorios sobre las sumas referidas en el numeral anterior a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta el momento en que se cancele definitivamente lo adeudado.

QUINTO. - ABSOLVER al demandado de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO. - CONDENAR en costas al demandado y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de cien mil pesos (\$100.000.00)".

Como sustento de su decisión señaló el a quo que al haberse acreditado la existencia de dos contratos de trabajo entre las partes, se determinó el pago de las sumas correspondientes a la liquidación final de cada uno de ellos, relacionadas en los documentos aportados por el demandado y advertirse la existencia de unas diferencias a favor de la actora, debía disponerse el pago respectivo, sin que hubiera lugar a imponer condena por indemnización moratoria al no haber sido presentada la demanda dentro de los 24 meses previstos en la norma que la regula y por ello lo procedente es la condena por los intereses que refiere la misma. Igualmente encontró acreditado el pago de aportes a la seguridad social en pensiones de la demandante.

IV. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia y para sustentarlo manifestó:

"Me permito interponer el recurso de reposición y en subsidio de apelación, frente a la existencia de los 2 contratos que mencionó su señoría, considera quien repone que no son 2 contratos, sino que es un solo contrato, teniendo en cuenta que el contrato que existió fue aceptado tanto por la demandante como por el demandado y las pruebas aportadas existe es únicamente un solo contrato, teniendo en cuenta que como quiera que es un contrato verbal y el término de interrupción no superó los 15 días, entonces considero que en verdad lo que existe es un solo contrato verbal a término fijo que iría desde la fecha del contrato inicial 5 de mayo de 2013 hasta el 15 de septiembre de 2014. Ahora bien, teniendo en cuenta que dentro de la Legislación Colombiana y determinado por las Altas Cortes y al Constitución Política en Colombia no se puede devengar menos del salario mínimo y así lo determinó su señoría, en ese orden de ideas considera quien recurre que mi defendida si tendría derecho a la indemnización moratoria, teniendo en cuenta la mala fe del empleador al

no haber realizado las liquidaciones correspondientes a las indemnizaciones, teniendo en cuenta lo anterior, que si bien es cierto se liquidan las correspondientes liquidaciones, pero no se hicieron con el salario mínimo y por eso la mala fe si estaría llamada a prosperar en ese evento.”

El a quo luego de precisarle al recurrente la improcedencia del recurso de reposición respecto de la sentencia, concedió la alzada.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del CPT Y SS. –principio de congruencia-, la Sala estudiará si le asiste la razón a la parte demandante recurrente, en cuanto a que en el presente caso el vínculo laboral estuvo regido por un solo contrato de trabajo; así mismo se estudiará lo referente a la procedencia de la indemnización moratoria en la forma pretendida.

En el interrogatorio de parte que absolvió el demandado manifestó que para atender el cuidado de sus dos hijos y debido al estado de embarazo de su esposa decidió contratar una persona que le colaborara en las labores de la casa y por medio de una familiar le fue presentada la demandante a quien luego de acordar de manera verbal los aspectos de la vinculación la contrató a partir del 4 de mayo de 2013 y se acordó el pago de una suma mensual de \$500.000 por esa labor que realizaba de lunes a viernes de 8:30 de la mañana a 6:30 de la tarde y los sábados hasta medio día; afirmó que el 31 de diciembre la señora Alfaro le manifestó que ya no laboraría más y así se acordó. Luego en el año 2014 debido al nacimiento de su hijo ocurrido el 3 de enero de ese año, se comunicó con la demandante para solicitarle que volviera a laborar en su casa, ella le dijo que lo iba a pensar y al día siguiente le dijo que aceptaba y se celebró un nuevo contrato a partir del 7 de enero de 2014 el cual estuvo vigente hasta el 15 de septiembre de 2014 cuando la demandante

en forma intempestiva decidió darlo por terminado. Sostuvo que le pago todo lo correspondiente a salarios y a la liquidación final por cada contrato (aportó dos documentos suscritos por el demandado y la actora en los que constan los pagos efectuados).

La demandante al absolver interrogatorio de parte manifestó que fue contratada por el demandado el 4 de mayo de 2013 para realizar oficios en su casa, como aseo y cuidado de sus dos niños, labores que dijo haber realizado de lunes a viernes de 8:30 de la mañana a 6:30 de la tarde de lunes a viernes y los sábados de 8:30 de la mañana a 12:30 del día; al ser interrogada por la terminación del contrato el 31 de diciembre de 2013 dijo que se debió a que “me quedaba un poquito pesado el trabajo y por eso no quise seguir realizando el trabajo”; “luego volví a trabajar cuando hablé con don Tito y comencé otra vez el 7 de enero de 2014 y estuve hasta el 15 de septiembre de 2014”.

Al expediente se incorporaron los referidos documentos que corresponden a los comprobantes de los pagos efectuados por el demandado a la actora en las sumas allí consignadas, respecto de las cuales el a quo dispuso el pago de las diferencias a favor de la actora que consideró adeudados, al haberlos puesto de presente a la demandante y ella manifestar que en efecto es su firma la que aparece en estos, así mismo aceptó su contenido.

Los anteriores medios de prueba permiten evidenciar de manera clara que la vinculación laboral entre las partes estuvo regida por 2 contratos de trabajo autónomos e independientes, que fueron liquidados en su momento sin que se trata de un solo contrato como lo argumenta el apoderado de la actora en su recurso, pues la propia demandante confesó

que mantuvo esos 2 contratos con el demandado; por lo anterior se confirmará la decisión de primera instancia que arribó a esa conclusión.

Ahora, en lo correspondiente a la apelación sobre la forma en que debe liquidarse la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, al manifestar el recurrente que debe ser de manera completa, es decir un día de salario por cada día de mora, se debe indicar que le asiste razón toda vez que si bien la demanda se promovió sobrepasando el término de 24 meses previsto en la norma, la Sala da aplicación a lo que sobre el tema ha determinado de manera reiterada la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al señalar que cuando se trata de trabajadores que devengan el salario mínimo, como es este caso, la indemnización moratoria procede en forma plena y en ese sentido se deberá revocar en este aspecto la decisión de primera instancia para disponer que la referida indemnización moratoria sea pagada a la demandante a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago de las acreencias laborales que la generan y que no le fueron pagadas por la parte demandada.

En consecuencia, se condenará al pago de la suma diaria de \$20.533,33 desde el 15 de septiembre de 2014, fecha de terminación del contrato de trabajo y hasta la fecha en que se efectúe el pago a la demandante de lo adeudado por diferencias salariales y de prestaciones sociales que fueron objeto de condena.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar **CONDENAR** a la parte demandada a pagar a la demandante por concepto de la indemnización moratoria que establece el artículo 65 del C.S.T., la suma diaria de de \$20.533,33 desde el 15 de septiembre de 2014, fecha de terminación del contrato de trabajo y hasta la fecha en que se efectúe el pago a la demandante de lo adeudado por diferencias salariales y de prestaciones sociales que fueron objeto de condena, conforme se expuso en las motivaciones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

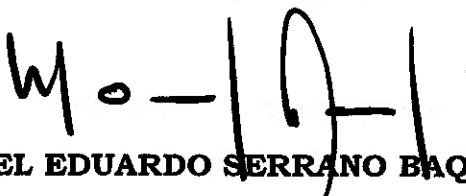
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA TERESA CANTINI SERRANO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 034 2018 00103 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensión PROTECCIÓN S.A., así como también el traslado realizado a la AFP PORVENIR S.A., atendiendo a un error al momento de la afiliación al RAIS y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 21 de noviembre de 1960, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 22 de marzo de 2000, fecha en que se trasladó

a Colmena hoy Protección S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión, situación que igualmente sucedió con Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 1603 del C.C, la Ley 100 de 1993, así como también las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de 2011, 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 108 a 123, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que de conformidad con las pruebas arrimadas en el proceso se establece que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a los fondos de pensiones Protección S.A y posteriormente a Porvenir S.A.,. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 154 a 162, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que el traslado efectuado por la demandante al Fondo estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas y en general a todo lo relacionado a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional. Propuso las excepciones de inexistencia de la causal de nulidad de la afiliación, declaración de manera libre, buena fe, prescripción, y la genérica.

PORVENIR S.A., dio respuesta en escrito visible a folios 183 a 190, en el que se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que la información brindada a la demandante se encuentra acorde con las

disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que la vinculación no fue abusiva, sino obedeció al resultado de la disposiciones normativas. Propuso las excepciones de prescripción, falta de legitimación en la causa, buena fe, y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de diciembre de 2020, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado por la demandante MARTHA TERESA CANTINI SERRANO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado el 22 de marzo de 2000, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones AFP PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a la AFP PORVENIR S.A., igualmente que el retorno a la AFP PROTECCIÓN S.A, verificado en el año 2012.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de MARTHA TERESA CANTINI SERRANO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la AFP PROTECCIÓN S.A., con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A., y la AFP PORVENIR S.A., se fija como agencias en derecho, la suma de un salario legal mensual vigente, para cada una de ellas.

SEXTO: CONSULTAR la sentencia ante el Tribunal Superior de Bogotá, en caso de no ser objeto del recurso de apelación.

SÉPTIMO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, argumentó que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones ilustrando de manera

clara, precisa, perentoria suficiente a las personas que pretenden realizar el traslado de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual, advirtió que ese derecho cobija a todas las personas sin importar que no se encuentren en un régimen de transición.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación para solicitar se revoque en su integridad la sentencia, con fundamento en que para el momento en que se traslado la demandante solo se requería el consentimiento de la persona que suscribía el formato de afiliación, razón por la cual en el presente asunto no se puede alegar la falta de información por parte de los asesores, así mismo señaló que este tipo de decisiones afecta la sostenibilidad financiera de la Entidad.

A su vez PORVENIR S.A, por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación, con fundamento en que en el presente asunto no se acredita la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen, ya que en el proceso no se alego ninguna causal de las previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce que el acto jurídico de vinculación con el Fondo es eficaz, manifestó que no es posible declararse la nulidad del traslado, toda vez que el formulario de afiliación que firmo la demandante es un documento público que se presume autentico.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se

dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas impuestas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora

dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la**

controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 22, 23, 24 se evidencian los siguientes formularios:

- Formulario de afiliación a COLMENA., del 22 de marzo de 2000.
- Formulario de afiliación a HORIZONTE., del 16 de agosto de 2006.
- Formulario de afiliación a PROTECCIÓN., del 19 de noviembre de 2012.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 2000, se traslado a Protección S.A., sin ningún tipo de asesoramiento sostuvo que el mencionado traslado se realizó en el momento de su vinculación laboral en recursos humanos, que posteriormente al cambiar de empleador una asesora de Horizonte hoy Porvenir S.A., quien le informó el Seguro Social se iba a liquidar y que podría pensionarse de manera anticipada.

Así las cosas, pese a que obran los formularios de afiliación al fondo de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante y adicionarla en virtud de la consulta, para imponer a las condenas PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A., la devolución de los gastos de administración descontados al afiliado, los cuales deberán recibirse por parte de Colpensiones, como lo ha dispuesto la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de octubre de 2020, para condenar a PROTECCION S.A y a PORVENIR S.A. a incluir dentro de las devoluciones que deben consignar a Colpensiones, los gastos de administración descontados al afiliado, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEBA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO
POR IGNACIO VILLAMIZAR IBARRA contra ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

RADICADO 11001 3105 036 2019 00149 01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Resuelve esta Sala de Decisión los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

En esta instancia se recibieron alegatos de conclusión presentados por los apoderados de las partes en los que reiteraron los argumentos expuestos al interponer sus respectivos recursos de apelación.

I. ANTECEDENTES

El actor pretende el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, prevista en la Ley 797 de 2003, a partir del 1º de mayo de 2018, fecha en que presentó la solicitud, junto con las mesadas adicionales y los reajustes de ley, así como los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las mesadas causadas.

Como fundamentos fácticos manifestó que nació el 16 de febrero de 1955 por lo que cuenta con 63 años de edad, se encuentra afiliado en pensiones desde el 1° de marzo de 1977 con el Seguro Social y ha cotizado un total de 1713,57 semanas hasta el 30 de abril de 2018; informa que laboró como docente nacional por más de 20 años, por lo cual Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión de jubilación a partir del 17 de febrero de 2010. Informa que al solicitar el reconocimiento de la pensión a Colpensiones le fue negada con el argumento de ser incompatible con la pensión que percibe del Magisterio.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con el escrito que obra a folios 65 a 80 del expediente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la pensión de vejez resulta incompatible con la reconocida por el FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, pues en vigencia de la Ley 100 de 1993 nadie puede percibir más de una asignación pensional con cargo al tesoro público. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de octubre de 2020, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor IGNACIO VILLAMIZAR IBARRA, la pensión de vejez a partir del momento en que acredite el retiro del servicio público, junto con una mesada adicional por año y los reajustes anuales correspondientes. La prestación vitalicia deberá ser liquidada de acuerdo con la totalidad de las cotizaciones efectuadas a la fecha de la desafiliación.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la encartada. En la liquidación deberá incluirse la suma de \$1'000.000 a título de agencias en derecho.

QUINTO: CONSULTESE con el Superior tal y como lo ordena el artículo 69 del C.T. y S.S., esto es, en favor de COLPENSIONES.”

Luego de citar los fundamentos normativos que consideró ajustados al caso, como sustento de su decisión, manifestó la Juez de Primera Instancia que teniendo en cuenta las excepciones que permiten recibir más de una asignación

por pensión, en el caso del demandante se acreditó el derecho que le asiste al reconocimiento de la prestación pensional que le solicita a la entidad demandada al existir compatibilidad con la que le fue reconocida por su actividad como docente del Magisterio por no provenir las dos prestaciones de una misma fuente. Citó la jurisprudencia que consideró ajustada al caso. Dijo disponer ese reconocimiento al actor hasta tanto acredite su retiro del servicio público al encontrar demostrado que éste se encuentra vinculado laboralmente como docente universitario y continúa efectuando aportes; y señaló que al no existir aún mesadas pensionales adeudadas al actor, no puede haber lugar al pago de intereses moratorios, ni a la indexación de mesadas pretendida.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante solicitó modificar la sentencia de primera instancia al manifestar que *“sobre el momento en que se debe pagar la pensión la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que se debe hacer desde el momento en que se efectúa la solicitud a Colpensiones, por lo cual esa entidad no puede negarse a conceder en tiempo la pensión y obligar al demandante a continuar laborando con el fin de subsistir porque la pensión del Magisterio no es suficiente para ello, igualmente mi representado se ve más beneficiado con el retroactivo que con el incremento de su pensión, pues el aumento mensual multiplicado por las mesadas pensionales que le pagaría Colpensiones teniendo como límite el promedio de vida en Colombia, es claro que el retroactivo es un monto superior sumado a que le permite a mi representado disfrutarlo en este momento, de esta manera con base en el principio de la condición mas beneficiosa se debe reconocer la pensión desde mayo de 2018, sin que la calidad de servidor público incida en la fecha desde la cual se debe pagar la pensión, pues como se ha reiterado por la jurisprudencia los aportes a Colpensiones no proceden del erario público y si bien esas sentencias de la Corte son claras en que no procede el retroactivo, en este caso desde el 2018, este procede ante la renuencia de Colpensiones como es en el presente caso por lo que estamos hablando de una regla especialísima que se aplica en este proceso, por lo tanto le pido al Tribunal que revoque parcialmente la sentencia de primer grado para que reconozca la pensión desde mayo de 2018.”*

La apoderada de COLPENSIONES, solicita se revoque la sentencia de primera instancia al insistir en lo señalado al contestar la demanda respecto a que la pensión solicitada resulta incompatible con la reconocida al actor *“quien no se encuentra inmerso en las excepciones contenidas en la Ley 4ª de 1992, puesto que fue vinculado antes de la vigencia del Decreto 1278 de 2002 al Fomag, esto*

es desde el 1º de febrero de 1981 y su estatus pensional fue posterior al 18 de mayo de 1992, siendo el 16 de febrero de 2010; además los aportes efectuados a Colpensiones provienen del tesoro público por lo tanto no es dable efectuar un nuevo reconocimiento con dineros del tesoro público cuando el demandante ya recibe un prestación proveniente del mismo, como lo ha considerado la jurisprudencia al respecto y esas cotizaciones no pueden tenerse en cuenta simultáneamente, sino que deben ser tenidas en cuenta en la prestación ya reconocida incrementándola.”

CONSIDERACIONES

En virtud de lo señalado en los artículos 66 y 69 del CPTSS la Sala examinará si al demandante le asiste el derecho a que le sea reconocida una pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003. En caso afirmativo determinar si la pensión que recibe el actor por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con la pensión de vejez que reclama.

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución n.º 0566 del 19 de agosto de 2010, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció pensión vitalicia de jubilación al demandante a partir del 17 de febrero de 2010, en cuantía inicial de \$1.805.171 (folios 19-21). Tampoco, que a través del acto administrativo SUB 130490 del 17 de mayo de 2018, Colpensiones, negó la pensión de vejez prevista en la Ley 797 de 2003 (folios 40-44). También que, según reporte expedido por Colpensiones, el actor ha cotizado para esa entidad desde el 1º de marzo de 1977 hasta el 30 de septiembre de 2018, un total de 1.734,57 semanas (fls. 22-26), así mismo de acuerdo con el expediente administrativo y lo aceptado por el demandante aún continúa efectuando cotizaciones a Colpensiones.

La reclamación de la pensión a la entidad demandada se hace bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, norma que en lo pertinente establece lo siguiente:

“Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

Conforme a lo anterior, y en armonía con el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedida por la demandada, se encuentra demostrado que el demandante cuenta con un total de 1.734.57 semanas superior a las requeridas en la norma antes citada, y cuenta con más de 60 años de edad.

Ahora bien, en punto a la compatibilidad basta con remitirnos al contenido del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 según el cual, las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se aplican a “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”.

En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse¹ para definir que “*los docentes oficiales vinculados a la entidad*

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego. “A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de

que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que, al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”.

En la misma providencia, dijo la Corte, que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliar a los docentes cuando éstos presten servicios en centros educativos de carácter particular; por el contrario, tales servidores son afiliados forzosos del régimen de prima media con prestación definida, criterio que había sido expuesto por esa Corporación en la sentencia del 19 de junio de 2008 radicación 28164².

De lo dicho por la Corte concluye esta Sala de decisión, que la obligación de realizar aportes al Sistema pensional en situaciones como la que nos ocupa, tiene como consecuencia necesaria y natural el acceso del afiliado a las prestaciones que de ellos se deriven, cuando la Ley dispone expresamente la compatibilidad de prestaciones, como lo ordena el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 para situaciones como la que se decide y, siempre y cuando, el pago de tales prestaciones no transgreda la prohibición del artículo 128 de la C.N. para devengar doble asignación del tesoro público.

Sobre este último aspecto, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la primera sentencia a la que se hizo referencia, afirmó que los pagos

prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios “Salesiano San Medardo”, desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y “La Presentación” desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión”.

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 28164 del 19 de junio de 2008, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. “*El docente oficial, como lo fue la actora, además de estar cubierto para el riesgo de vejez por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, si tiene otra vinculación laboral de orden privado debe ser afiliado al sistema general de pensiones creado por la Ley 100 de 1993 por el patrono particular, porque los docentes públicos no pertenecen a este sistema general, y era obligación de la institución demandada afiliar a su trabajadora a un fondo de pensiones o al Instituto de Seguros Sociales. La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990 ni en las normas que antecedieron. La alegación de que la profesora demandante solicitó que no se le efectuaran cotizaciones para el régimen de seguridad social no es admisible, pues los derechos que surgen de la seguridad social, al igual que los laborales, son irrenunciables*”.

efectuados por el ISS hoy Colpensiones a sus afiliados no constituyen asignaciones del tesoro público. Para el efecto razonó de la siguiente manera:

“(...) el debate sobre el carácter de los dineros con que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES paga las prestaciones que concede, hace rato fue superado en el sentido de colegir que no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores (...)”.

El criterio anterior fue ratificado en la SL2649-2020 en la que se estableció: *Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pueden, de manera simultánea, prestar servicios a instituciones privadas y con ello, financiar la pensión de vejez a cargo del ISS*

Así las cosas, y dado que los aportes efectuados por el demandante al ISS hoy Colpensiones corresponden a servicios prestados de forma interrumpida a instituciones educativas de carácter privado y con empleadores particulares, como se establece en los listados de semanas cotizadas allegados al expediente que no tuvieron incidencia alguna para el reconocimiento de las asignaciones pensionales a cargo de Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, tal como se evidencia en los documentos que han quedado reseñados en esta sentencia, le permiten acceder a una pensión de vejez regulada en el Sistema General de Pensiones, en la medida en que no existe prohibición legal para que dicha prestación a cargo del Sistema se causara en su favor, y su pago no desconoce el artículo 128 de la C.P.

En ese orden de ideas, le asiste derecho al demandante para el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la ley 797 de 2003, a partir del momento en que acredite su desvinculación laboral, así como la del Sistema Pensional, la discusión surgida frente a la fecha de tal reconocimiento tiene que ver con los requisitos que contempla el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que en su texto refiere:

CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo”. (subrayado fuera de texto)

Revisada la norma en cita y examinado el compendio probatorio que fue aportado al expediente, surge claro que el actor se encuentra activo laboralmente y continúa efectuando cotizaciones para pensión ante la entidad demandada, por tanto será hasta cuando se acredite el retiro del Sistema General de Pensiones que puede surgir el pago de la primera mesada pensional al actor, por lo indicado tampoco hay lugar al retroactivo pensional reclamado pues es evidente que éste no se ha generado y por sustracción de materia tampoco hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios, como lo determinó el Juzgado en la sentencia recurrida.

Por los argumentos expuestos precedentemente la sentencia de primera instancia será confirmada.

Sin COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de octubre de 2020, conforme se expuso.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-HI' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA MARGARITA CELIS PINILLA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICADO: 11001 3105 038 2018 00653 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante contra la sentencia proferida el 14 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Por otra parte, se advierte que la apoderada de PORVENIR S.A., presentó escrito de alegaciones en el cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, para ello reiteró los argumentos expuestos al dar contestación a la demanda frente a la validez del trámite que hizo la actora para trasladarse al Fondo privado al no acreditarse ningún vicio del consentimiento.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió que fuera declarada la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con Porvenir S.A. al manifestar que no se le suministró información completa y comprensible, por haber omitido los riesgos en que podía

incurrir con ese traslado; solicitó ordenar a Colpensiones registrar su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así mismo a recibir del Fondo privado todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual.

Como fundamentos fácticos manifestó que fue vinculada como cotizante al Seguro Social desde el 1° de octubre de 1984 y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual el 13 de enero de 1998 cuando contaba con 674 semanas cotizadas, sin que se le hubiera brindado la debida asesoría necesaria para adoptar esa decisión de manera informada.

Como fundamento normativo citó el Decreto 720 de 1994, Decreto 656 de 1994 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989, 31314 de 2008, 51050 y 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, dio contestación a la demanda como se observa a folios 71 a 92, con oposición a las pretensiones incoadas por la actora, al manifestar que se encuentra válidamente afiliada al RAIS a través del Fondo demandado sin que se pueda establecer que en su vinculación se hubiera presentado vicio del consentimiento, además de encontrarse dentro de la prohibición legal para efectuar el traslado de régimen. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas.

Por su parte PORVENIR dio contestación como aparece en el escrito de folios 124 a 133 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición en que el traslado que efectuó la demandante cumplió todas las formalidades y fue resultado de su voluntad libre y espontánea, por lo cual no puede argumentar que hubo engaño por parte del Fondo,

cuando se le brindó la información que para esa época era pertinente, sin que en ese trámite se hubiera configurado vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, enriquecimiento sin causa, cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la señora CLAUDIA MARGARITA CELIS PINILLA. Lo anterior en consideración a lo específicamente señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO. EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.

TERCERO. COSTAS lo serán a cargo de la parte demandante. En firme esta providencia por Secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de cada una de las demandadas.

CUARTO: Si no fuera apelada oportunamente la presente sentencia CONSULTESE con el Superior.”

Como fundamento de su decisión, se refirió a los dos regímenes pensionales que existen en nuestro ordenamiento legal, hizo mención al interrogatorio de parte que absolvió la demandante y el cual consideró:

“Que no guardaba relación con los hechos de la demanda al sostener en dicha prueba que no recibió asesoría alguna y en el escrito introductor que si la recibió pero de manera deficiente e incompleta; sostuvo que no se advirtió que la afiliada hubiera sido forzada o constreñida por su empleador para que firmara el formulario de afiliación al Fondo privado, que tampoco existió intención de persuadirla para tomar la decisión por lo cual no se puede deducir una conducta dolosa por parte del Fondo demandado que diera lugar a la ineficacia pretendida; señaló que quien concurre a un Fondo de pensiones con la intención de afiliarse no puede ser rechazado ya que el Fondo no puede seleccionar para dejar de lado a un afiliado porque con ello se afectaría la libertad de elección de régimen pensional, lo cual solo podría hacer si se trata de un pensionado por

invalidez i si para la fecha en que se pide la afiliación ya tiene cumplida la edad que se requiere para ser cotizante. La afiliación puede quedar sin efecto si existen conductas que hayan viciado el consentimiento de la demandante pero en este caso no se acreditaron. La actora tenía una densidad de cotizaciones significativa al momento del traslado pero es de profesión enfermera con un nivel de responsabilidad y con un buen grado de valoración de su entorno y de las circunstancias de su situación particular por lo cual efectuó su afiliación al sopesar que en el Fondo podía contar con la devolución de saldos que la beneficiaba más que permanecer en el régimen de prima media con prestación definida.”

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia para que en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda, manifestó que los hechos probados en el curso del debate debieron ser la fuente de aplicación en la sentencia a la luz de la jurisprudencia que sobre el particular existe y que el Juzgado pasó por alto a pesar de ser un precedente reiterado y de obligada observancia en el que se han establecido los parámetros para acceder a la ineficacia del traslado de régimen, los que se sintetizan en que las AFP aun desde su creación han tenido la obligación del deber de información a sus afiliados antes, durante y después de la vinculación, con el buen consejo e información hasta llegar a persuadir para que no se efectúe la vinculación de ser advertido el perjuicio que se puede causar al afiliado. En este caso no se tuvo en cuenta que el Fondo no cumplió con ese deber de información, ni con la asesoría necesaria para que la actora pudiera tomar esa decisión y sin tener en cuenta las semanas cotizadas que ya tenía en el Régimen de Prima Media, lo cual se debió tener en cuenta por el Juzgado para acceder a lo pretendido en la demanda.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen

pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica

la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la**

controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 33, se evidencia el formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 13 de enero de 1998.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora se establece que es de profesión Enfermera, de estado civil casada, cuenta con 58 años de edad, igualmente manifestó que a su ingreso a laborar en la empresa

De Lima Marsh le hicieron entrega de los documentos respectivos para formalizar la vinculación entre los que se encontraba el formulario de afiliación a Porvenir, dijo no haber recibido en ese momento ninguna información sobre las condiciones para pensionarse en el RAIS, ni tampoco durante los años de permanencia en el Fondo privado le fue suministrada, sostuvo haber considerado siempre que se encontraba afiliada a un buen fondo, pero que al acercarse el tiempo para solicitar la pensión le informaron que lo ahorrado ni siquiera le alcanzaría para pensionarse con el salario mínimo y se debía solicitar un auxilio del Gobierno para completar el monto de la mesada, situación que dijo no haber entendido porque nunca ha devengado como salario el mínimo legal dada su condición de enfermera profesional y que por ello solicitó su regreso al régimen de prima media el cual le fue negado, razón por la que se asesoró para promover este proceso.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, ni en la etapa precontractual, como tampoco durante el tiempo en que ha estado vinculada con el Fondo demandado; ahora bien, no puede tenerse como falaz el fundamento fáctico de las pretensiones frente a lo manifestado por demandante al absolver interrogatorio de parte, como lo consideró el a quo para negar el traslado, toda vez que lo cierto es que el Fondo demandado no acreditó el referido cumplimiento del requisito de información que en los términos del precedente jurisprudencial ha quedado determinado.

En efecto, dentro del plenario el Fondo demandado no aportó prueba en la cual se evidenciara que la afiliada recibió la información necesaria frente a las consecuencias a futuro del cambio de régimen de pensiones, así mismo, no se observa dentro del plenario que exista un estudio acucioso de la pasiva frente al caso pensional de la demandante que le permitiera decidir con certeza cuál era el régimen pensional que más le convenía, lo cual podría haber llevado a la actora a no cambiar de régimen pensional. Como quiera que la carga de la prueba está en cabeza de la parte demandada por cuanto es a esta a quien le corresponde demostrar que suministró a la afiliada la información completa y veraz sobre su situación pensional, que permitiera concluir que al haberle sido indicados todos los aspectos positivos, negativos e implicaciones del traslado de régimen, aceptó dichas condiciones para que posteriormente no pudiera alegar inducción a error o engaño alguno por la administradora de pensiones.

Así las cosas, al evidenciarse que la pasiva no demostró de manera alguna que suministró a la demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada de manera efectiva el 13 de enero de 1998, como quedó establecido en el juicio.

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que el Fondo Privado demandado debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta en los escritos de contestación, se debe indicar que el fenómeno prescriptivo no se ha producido en la presente litis por cuanto los temas relacionados con los derechos pensionales no prescriben conforme a reiterada jurisprudencia de la H Corte Constitucional, así como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Aunado a lo anterior, la afiliación al ser el acto jurídico a través del cual una persona ingresa al Sistema General de Pensiones, o cambia de régimen pensional, lleva a que los afiliados acepten en ese momento los derechos y las obligaciones que el mismo sistema le impone para tener derecho a las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, por ende la declaratoria de ineficacia no puede estar sujeta a las reglas de la prescripción, pues la validez de la afiliación puede afectar de manera ostensible la pensión de vejez del afiliado y por ello se puede revisar judicialmente en cualquier momento para evitar un perjuicio irremediable; así mismo, con fundamento en las anteriores

consideraciones y por las mismas resultas del proceso, no hay lugar al estudio de las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el Juzgado.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de agosto de 2020, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación de la demandante **CLAUDIA MARGARITA CELIS PINILLA**, realizada al FONDO DE PENSIONES HORIZONTE S.A. hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a partir del 13 de enero de 1998. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le

concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar su historia laboral.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSEY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDILMA HUERTAS CASTIBLANCO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 039 2018 00127 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colfondos S.A., Porvenir S.A., Protección S.A y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de junio de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

El apoderado de la parte demandante manifestó que Protección S.A., no cumplió con la carga probatoria que le asiste de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual resaltó que los fondos de pensiones en los casos de traslado entre regímenes tienen el deber y la obligación de haber brindado una información completa, suficiente, veraz y comprensible a sus futuros afiliados.

PORVENIR reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que el traslado de régimen que efectuó la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con el Fondo, cuyo documento se encuentra autorizado por la ley, asimismo indicó que el mencionado traslado reviste de validez, ya que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información.

A su vez COLPENSIONES señaló que resulta improcedente la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad puesto que no se cumplen los presupuestos normativos para su reconocimiento, así como no se demostró la existencia de vicios del consentimiento o una falta de información al momento de la afiliación, ya que la actora a lo largo del proceso tenía conocimiento de las características de la afiliación en el RAIS.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 4 de mayo de 1968, que estuvo afiliada al Seguro Social hasta el 30 de noviembre de 1994, fecha en que se traslado a Protección S.A, sostuvo no tuvo información de los beneficios y desventajas que tendría cambiarse de fondo, posteriormente de traslado a la AFP Colfondos.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 25, 13, 48, 53, 58, 335 de la Constitución Nacional, los artículos 1, 4, 13, 59, 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1603 del Código Civil, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 720 de 1994, así como también la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31314 de 2008, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS, dio contestación como aparece de folios 138 a 144, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado realizado con el Fondo correspondió a un negocio jurídico válido y eficaz, ya que la información dada a al demandante fue objetiva con el fin de que tomara una decisión libre, voluntaria e informada. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento, prescripción, y la genérica.

COLPENSIONES, efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 166 a 176, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que no existe vicio del consentimiento de la actora al momento de la firma del formulario de afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, inexistencia del derecho, y la genérica.

PROTECCIÓN S.A, contestó la demanda, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que la afiliación realizada con la AFP es plenamente válida y produjo efectos jurídicos, ya que influyeron todos los elementos para la existencia y validez y en especial la manifestación de voluntad por parte de la actora. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento, prescripción, y la genérica.

PORVENIR S.A., realizó contestación de la demanda mediante escrito que milita en los folios 230 a 252, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, pues pretende imponer una carga adicional a las AFP que en el momento del traslado no existía. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora EDILMA HUERTAS CASTIBLANCO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1994 a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida, Por ende, también es ineficaz la afiliación hecha al interior del RAIS.

SEGUNDO: CONDENAR a COLOFONDOS a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN a que transfiera a COLPENSIONES las comisiones que recibió por haber administrado los dineros o las cuentas de la demandante dentro de las siguientes fechas, es decir, del 1 de septiembre de 1995 al 30 de noviembre de 1997.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR a que transfiera a COLPENSIONES las comisiones que recibió por haber administrado los dineros o la cuenta de la demandante dentro de las siguientes fechas, es decir, del 1 de diciembre de 1994 al 31 de agosto de 1995.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES los recursos de que tratan los numerales anteriores, y reactive la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

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

SEPTIMO: CONDENAR a COLFONDOS, PORVENIR Y PROTECCIÓN al pago de costas, dentro de la cual deberá incluir la suma de \$1.790.000 como agencia en derecho.

OCTAVO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que inicie las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A.

NOVENO: CONSÚLTESE la presente decisión ante el Superior por resultar adversa a COLPENSIONES, en la medida en que se está ordenando recibir los dineros y activar de manera inmediata la afiliación que se ordenó.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo

13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba esta a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida y solicitó se revoque la misma, con fundamento en que el Fondo no se encuentra en la condición ni en la actualidad ni al momento en que se realizó la afiliación con la demandante de rechazar un afiliación que en apariencia seria libre, voluntaria de conformidad con los requisitos legales para la época, sostuvo que es una obligación imposible por parte del Despacho a la AFP a cumplir una serie de requisitos sobre lo cuales no existía claridad, asimismo agregó que en relación a los gastos de administración Colpensiones no intervino en la rentabilidad de esos aportes como si lo realizaron los fondos privados, lo que genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero que no seria pertinente.

A su vez el apoderado de PROTECCIÓN y COLFONDOS, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, y en consecuencia se revoque la misma, en relación a la devolución de gastos de administración con fundamento en que el Régimen de Prima Media se ve beneficiado de unos rendimientos que no hubiese realizado en razón a su rentabilidad.

Y por último la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido, solicitó se revoque en su integridad y su lugar se absuelva a la Entidad, con fundamento en que la demandante hizo uso de su derecho de trasladarse de régimen en noviembre de 1994, cuando contaba con una mera expectativa, sin que se haya ejercido coacción, siendo una decisión libre y espontanea ,teniendo la actora la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, sin que está lo hiciera, en consecuencia se encuentra ratificada la intención de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 193 y 260 se evidencia formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., del 23 de agosto de 1995 y posteriormente formulario de afiliación a PORVENIR S.A el día 2 de noviembre de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que a finales del año 1994, fue citada por el área de talento humano de la empresa en la que laboraba en ese momento en donde le informaron que estaban haciendo unos cambios en las afiliaciones de los regímenes de pensión, sostuvo que el formulario ya se encontraba diligenciado y solo lo firmo, que posteriormente se trasladó a otros Régimen de Ahorro Individual en el cual se afilió de la misma manera.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión

de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

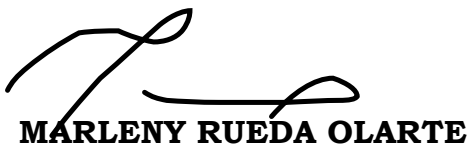
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

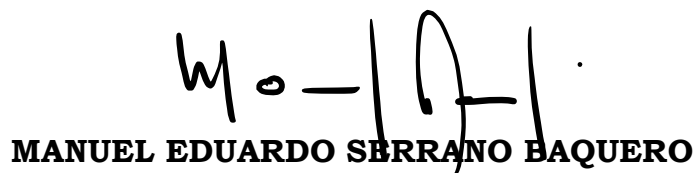
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR AMPARO BEATRIZ PEÑARANDA MASSON contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 039 2019 00262 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones, Protección S.A y Porvenir S.A., contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., en razón al no asesoramiento estipulado por la Ley ya que el mismo se realizó de manera errónea. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 6 de septiembre de 1963, estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales luego se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores

de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión, situación que igualmente sucedió con BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS el 21 de agosto de 2002 y el 29 de septiembre de 2004 con SANTANDER PENSIONES Y CESANTIAS.

Como fundamento normativo, citó el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el artículo 50 del Decreto 2241 de 2010, el artículo 13 literal e de Ley 797 de 2003, la Ley 100 de 1993, la sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31314, 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 79 a 98, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que se este en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 110 a 117, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que el traslado efectuado por la señora Amparo al Fondo estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas y en general a todo lo relacionado a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional. Propuso las excepciones de declaración de manera libre, buena fe, inexistencia de perjuicio, inexistencia de la obligación, prescripción, y la genérica.

PORVENIR S.A., dio respuesta en escrito visible a folios 154 a 177 , en el que se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la parte demandante con el Fondo fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación

en la que se observa la declaración escrita que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 del CPT. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de diciembre de 2020, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora AMPARO BEATRIZ PEÑARANDA MASSON del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 1 de marzo de 2004 a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que la actora jamás se separo del régimen de prima media con prestación definida. Así también se declara ineficaz la afiliación efectuada al interior del RAIS a PROTECCION.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, desde el 1 de noviembre de 2004 de manera indexada, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que tenía la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante esto es, desde el 1 de marzo de 2000 hasta el 31 de octubre de 2004 de manera indexada, junto con los rendimientos, comisiones por administración, así como el bono pensional que recibió, sin que le sea dable descontar dinero alguno que haya pagado por concepto de seguros de pensión de invalidez y sobreviviente.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales segundo y tercero y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de PORVENIR y PROTECCIÓN.

SEPTIMO: CONDENAR a PORVENIR Y PROTECCIÓN al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.790.000, dineros que deberán ser pagadas en partes iguales por las demandadas. No se condena a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que no tuvo intervención en el negocio jurídico que hoy se declara ineficaz.

OCTAVO:ORDENAR la consulta de la presente sentencia, teniendo en cuenta de que se esta ordenando a COLPENSIONES a recibir la afiliación y dineros de la demandante.

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba esta a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación para solicitar se revoque en su integridad la sentencia, ya que no procede la declaratoria de ineficacia del traslado, por cuanto de manera expresa la norma prevé que para que se de esa declaratoria deben existir actos con dolo que atenten en contra de la afiliación, situación que manifestó no se alego, pues contrario al A quo el formulario de afiliación es la materialización de que la información se da de manera verbal y para el año 2000 no existía el deber de documentar, luego el Fondo cumple de manera literal las normas expedidas para el momento en que se hace la vinculación con la parte actora, aunado a ello señalo que en relación a la condena en gastos por administración no resulta procedente ya que de acuerdo al artículo 113 del literal b de la Ley 100 de 1993, dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción.

A su vez la apoderada de PROTECCIÓN S.A., solicitó revocar la condena impuesta en el numeral segundo de la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia en lo referente a los gastos de administración, ello por considerarlo improcedente, toda vez que tiene su fundamento legal en el artículo 20 la Ley 100 de 1993, ocasionando de esta manera un perjuicio al Fondo constituyendo un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante.

Y por ultimo COLPENSIONES, por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación por medio del cual solicito se revoque y se absuelva la entidad de todas y cada una de las condenas impuestas, comoquiera que la demandante hizo uso de su derecho de trasladarse de régimen pensional esto de conformidad al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido presión alguna en el momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individua, ya que se realizó de manera libre y voluntaria.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y

desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 28,118 y 179 se evidencian los siguientes formularios:

- Formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 31 de enero de 2000.
- Formulario de afiliación a HORIZONTE., del 21 de agosto de 2002.

- Formulario de afiliación a SANTANDER., del 29 de septiembre de 2004.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 2000, recibió en su lugar de trabajo a unos asesores de Porvenir quienes le informaron que se podía pensionar de manera anticipada y que podrían devolver los aportes efectuados, sostuvo que le dijeron que el Seguro Social se iba a liquidar y que la mejor opción era trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, situación que igualmente sucedió con SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, pese a que obran los formularios de afiliación al fondo de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 Y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de diciembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR STELLA FERNANDEZ VALDIVIESO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 039 2019 00508 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A el 1 de marzo de 2007. y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 4 de abril de 1962, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales entre el 8 de mayo de 1980 hasta el 9 de abril de 1987, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6,25,74 y 145 del Código Procesal del Laboral y de la Seguridad Social, la Ley 1149 de 2007, el Decreto 2351 de 1965, los artículos 63,65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 2,4 13, 23,29,48, 53 y 58 de la Constitucional Política, los artículos 11, 21, 31, 33, 36, 50, 141, 142, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de 2011, 46292 46292 de septiembre de 2014, 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 56 a 71, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la Entidad ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal, debido a que la demandante tomó la decisión de trasladarse de régimen de manera libre y voluntaria. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento y la genérica.

PORVENIR S.A., dio respuesta en escrito visible a folios 97 a 111 , en el que se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la parte demandante con el Fondo fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación en la que se observa la declaración escrita que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 del CPT. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora STELLA FERNANDEZ VALDIVESO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 1 de marzo de 1997 a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los recursos de que trata el numeral anterior, y reactive la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad.

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

QUINTO: CONDENAR no probadas al pago de costas, dentro de la cual se deberá incluir la suma de \$1.790.000 como agencias en derecho.

SEXTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que inicie las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de PORVENIR.

SEPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión ante el Superior por resultar adversa a COLPENSIONES, en la medida en que se está ordenando recibir los dineros y activar de manera inmediata la afiliación que se ordenó.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba esta a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la decisión emitida, teniendo en cuenta que al momento de adoptarse la decisión se tienen en cuenta criterios normativos y jurisprudenciales para declararse la ineficacia del traslado, en ese sentido frente a los requisitos legales frente a la existencia de las administradoras del régimen de ahorro individual ha existido ese deber de información sin que se desconozca el mismo, solo que al momento en que se efectuó el traslado por parte de la demandante para el año 2007, se estaba en la primera etapa del deber de información, en consecuencia el Fondo cumplió con el deber de información que le asistía en ese momento, aunado a ello señalo que en relación a la condena en gastos por administración no resulta procedente, ya que dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción.

Y a su vez COLPENSIONES, por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación por medio del cual solicitó se revoque y se absuelva la entidad de todas y cada una de las pretensiones, comoquiera que la demandante hizo uso de su derecho de trasladarse de régimen pensional esto de conformidad al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se evidencie que la demandante hubiese hecho uso de su deber de consumidor financiero como es de informarse respecto a su derecho pensional, sin embargo en el presente caso la actora después de más de 10 años de encontrarse afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad presentó acción tendiente a declarar la nulidad de la afiliación, encontrándose prescrita la misma.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González,

procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de

*posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 114 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 11 de enero de 2007.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 2007, recibió en su lugar de trabajo una asesora de Porvenir de asesoría general le informó que el Seguro Social se iba a liquidar y que la mejor opción era trasladarse a un fondo privado, en donde obtendría una mejor pensión, así como también que podría pensionarse de manera anticipada.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 Y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión

de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

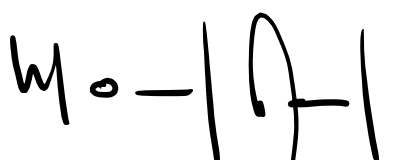
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.



SALA LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE:
LORENZO TORRES RUSSY**

SUMARIO -APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR CLUB DE COMERCIO DE BUCARAMANGA contra MEDIMAS EPS y CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00136 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por MEDIMAS EPS., contra el fallo proferido el 20 de agosto de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 21 de diciembre de 2020 (fl. 189) y remitido el expediente a esta Corporación el 16 de febrero de 2021 (fl. 1 cuaderno 2).

OBJETO DE LA ACCIÓN

La parte actora pretendió que se ordenara en su favor el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas de origen común, reconocidas a la empleada Elecsai Pabón García, desde el día 540 a 680 por la suma de \$ **3.130.359.**

HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte accionante manifestó que la señora Elecsai Pabón García se encuentra vinculada a la sociedad Club del Comercio de Bucaramanga S.A.,

desde el mes de octubre de 2012, siendo afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a Medimas EPS, señaló que desde el 2 de febrero de 2016, la demandada ha venido otorgando incapacidades de origen común a la empleada las cuales se han prorrogado de manera continua hasta el 1 de diciembre de 2017, incapacidades que resaltó han sido canceladas a está, sin embargo, las incapacidades otorgadas con posterioridad al día 540, esto es del 2 de agosto de 2017 al 1 de diciembre de 2017, a la fecha no han sido reembolsadas por la EPS demandada

La demanda fue admitida por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante providencia del 29 de junio de 2018.

REPUESTA DE CAFESALUD EPS S.A

La parte demandada señaló que se opone a las pretensiones presentadas en el escrito de demanda, en razón a que existe falta de legitimación en la causa por pasiva teniendo en cuenta que se está solicitando a Medimas EPS el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas del día 540 al día 680 de la señora Elecsai Pabón García, las cuales fueron expedidas por la mencionada EPS, entidad que debe pronunciarse frente a los hechos y pretensiones de la demanda.

RESPUESTA DE MEDIMAS EPS

La parte demandada manifestó que frente al requerimiento solicitado del pago de las incapacidades superiores al día 540, se da razón conforme a la relación de incapacidades hasta la fecha, sin embargo del comunicado que realizó Colpensiones, se determinó una pérdida de capacidad laboral de 32.79%, sin que la EPS tenga certeza que la calificación este en firme, resaltó que en los registros no se encontró ninguna solicitud formal de pago de las incapacidades.

DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, al considerar que con un porcentaje de perdida de capacidad laboral de 32.79% , no le permite, acceder a la señora Elecsai Pabón García a una pensión de invalidez, resaltó

que la entidad demandante en calidad de empleador, canceló las prestaciones económicas deprecadas en favor de su empleada, por lo que dichas incapacidades expedidas por su medico tratante posteriores al día 541 deben ser reconocidas y pagadas por MEDIMAS EPS.

RECURSO DE APELACIÓN

MEDIMAS EPS., impugnó la referida decisión, mediante escrito en el cual señaló que a la EPS le corresponde el pago de las incapacidades que en su momento reconoció y aprobó Cafesalud EPS la cual tenía el deber de reportar cada una de esas novedades en una base de datos, aunado a ello manifestó que no se encontró una solicitud formal de pago de las incapacidades y era necesario radicar en las oficinas una serie de documentos para lograr reembolsar los dineros, así como también alegó que no procede dicho reconocimiento económico en razón a que se configura la prescripción de las mismas.

Establecida de esta manera la inconformidad de la parte apelante, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

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

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por la entidad de seguridad social demandada, se acudirá a lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, que en su parte pertinente señala con relación al reconocimiento y pago de incapacidades que:

“Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de

que trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

(...)Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.”

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993, establece que para los afiliados en calidad de cotizantes al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social, se les reconocerá la incapacidad por enfermedad general a través de la respectiva EPS, y por regla general debe reconocerla una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma.

En este caso, no existe controversia entre las partes frente a la existencia de la incapacidad médica otorgada a la trabajadora de la entidad demandante, sino la falta de solicitud formal por parte de la demandante del pago de las incapacidades, así como de la reclamación del mismo ante la EPS, al considerar ésta prescrito ese derecho.

Al respecto, esta Sala de decisión observa de acuerdo a los medios probatorios arrojados al plenario que las incapacidades posteriores al día 540, esto es desde el 1 de agosto de 2017 al 1 de diciembre de 2017, se encuentran debidamente radicadas a la EPS demandada el día 14 de noviembre de 2017, luego no le asiste razón a la parte apelante.

Ahora bien, se precisa que tampoco tiene cabida para esta Sala de decisión, el argumento expuesto por la accionada relacionado con la prescripción del derecho para efectuar la reclamación de reembolso de la incapacidad, pues nótese que en el expediente se encuentra plenamente acreditado que la incapacidad objeto de la reclamación fue concedida a la trabajadora referida desde el 1 de agosto de 2017 al 1 de diciembre de 2017, la cual fueron canceladas a la empleadora accionante mediante sendos comprobantes de nómina (fl.98-130), efectuando la reclamación ante la EPS demandada el 14 de noviembre de 2017 y siendo presentada la demanda el 5 de agosto de

2018, es evidente que no transcurrió la prescripción trienal que regula el artículo 151 del C.P.T. y S.S., norma aplicable al caso.

De conformidad con lo considerado, la Sala no encuentra mérito para revocar la sentencia impugnada, motivo por el cual se confirmará

Por lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, el 20 de agosto de 2020, de conformidad con lo expuesto en las motivaciones de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente sentencia será notificada mediante edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVAMENTO DE VOTO: Me aparto respetuosamente de la decisión adoptada, pues la cuantía de la pretensión elevada ante la Superintendencia de Salud como juez de primera instancia es inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y por ello se trata de un proceso de única instancia, cuyas decisiones no son susceptibles de apelación según lo dispone el artículo 12 del CPL. En mi criterio, ni el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, ni el artículo 30 del decreto 2462 de 2013, excluyeron de la regulación general sobre competencia funcional por razón de la cuantía, a los procesos laborales que se tramitan ante la Superintendencia de Salud.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.



SALA LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE:
LORENZO TORRES RUSSY**

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS DESPOJADAS contra COOMEVA EPS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00183 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la EPS demandada contra el fallo proferido el 17 de julio de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 11 de diciembre de 2020 (fl. 61) y remitido el expediente a esta Corporación el 23 de febrero de 2021 (fl. 1 cuaderno 2).

OBJETO DE LA ACCIÓN

La parte actora pretendió que se ordenara en su favor el pago de la suma de \$ 1. 770.525, correspondiente al valor insoluto no desembolsado por la demandada por concepto de incapacidad por enfermedad general pagada a la servidora Erika Lorena Cortés Suárez por los días 17 de diciembre de 2012 al 15 de enero de 2013; igualmente solicitó el pago de intereses de mora por el valor adeudado.

HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte accionante manifestó que durante la vinculación laboral de la referida empleada estuvo afiliada a la EPS demandada, ante la cual se efectuaron los aportes respectivos; informó que a la servidora le fue expedido certificado de incapacidad por enfermedad general N° 6013610, la cual fue pagada a la trabajadora; señaló que el 28 de octubre de 2014 fue radicada la solicitud de reembolso de ese pago, el cual fue negado por la EPS mediante comunicación del 20 de abril de 2015, con la manifestación de adeudarse periodos de cotización correspondientes al trabajador Pedro Felipe López Zuleta; por ello el 22 de abril de 2015 se reiteró la solicitud respecto de la trabajadora señalada en la petición inicial, sin que se hubiera dado contestación.

La demanda fue admitida por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante providencia del 5 de abril de 2018.

REPUESTA LA EPS COOMEVA

La parte demandada se opuso a las pretensiones y sostuvo que no procedía el cobro por la causal: *“incapacidades negadas por presentar cartera antes del 03/12/2015”*, por lo cual propuso la excepción de prescripción frente a esa solicitud de reembolso; y manifestó que la negativa frente al pago solicitado se encuentra fundamentada en los parámetros establecidos en las normas que citó.

DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas por la parte actora, al considerar que se demostró en el expediente que la entidad demandante, en calidad de empleador efectuó los aportes de cotizaciones a la EPS demandada como se evidencia en las planillas de autoliquidación aportadas, respecto de la trabajadora a quien le fue concedida la incapacidad médica objeto de la petición de reembolso.

RECURSO DE APELACIÓN

La EPS demandada impugnó la referida decisión, mediante escrito en el cual reiteró los argumentos expuestos al dar contestación a la demanda, , al insistir en que la entidad empleadora se encontraba en mora respecto de los periodos de septiembre de 2012 pagado el 17 de julio de 2014, octubre de 2012 pagado el 26 de diciembre de 2012 y noviembre de 2012 pagado el 26 de diciembre de 2012, señaló que se considera una mora mayor a 30 días posterior a la fecha de la incapacidad, con lo que al aplicar la norma el Sistema General de Seguridad no reconoce la incapacidad N°6013610.

Establecida de esta manera la inconformidad de la parte apelante, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por la entidad de seguridad social demandada, se acudirá a lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, que en su parte pertinente señala con relación al reconocimiento y pago de incapacidades que:

“Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de que, trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

(...)Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.”

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993, establece que, para los afiliados en calidad de cotizantes al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social, se les reconocerá la incapacidad por enfermedad general a través de la respectiva EPS, y por regla general debe reconocerla una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma.

En este caso, no existe controversia entre las partes frente a la existencia de la incapacidad médica otorgada a la trabajadora de la entidad demandante, sino respecto a la falta de oportunidad en el pago de los aportes de su empleador, así como de la reclamación del mismo ante la EPS, al considerar ésta prescrito ese derecho.

De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que es un deber para la parte actora como empleadora, efectuar los pagos de los aportes a salud, de manera oportuna y completa, siendo una de las obligaciones consagradas en el numeral 3° del artículo 160 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 5° del artículo 139 de la Ley 1438 de 2011; igualmente se deben tener en cuenta los plazos para efectuar esos pagos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4° del Decreto 1670 de 2007.

A partir de la documental que obra a folios 11 a 13, se evidencia la cancelación de aportes frente a la trabajadora Erika Lorena Cortes Suarez durante los periodos respectivos, sin que tenga lugar lo manifestado en el recurso con respecto a la extemporaneidad de los aportes de la trabajadora.

Ahora bien, en el evento de haberse presentado la mora aducida por COOMEVA, no se puede desconocer que, en su calidad de Entidad Promotora de Salud, tiene la obligación de recaudar las cotizaciones que

financian el Sistema General de Seguridad Social en salud, conforme lo determinan los artículos 177, 178 y 182 de la Ley 100 de 1993, por lo cual no se acredita que la entidad haya censurado los pagos tardíos que argumenta fueron efectuados por la entidad demandante ni se opuso a dicha situación, como tampoco adoptó las medidas pertinentes para solucionar la extemporaneidad de las cotizaciones a salud.

Frente a la anterior interpretación, resulta pertinente advertir que el criterio expuesto ha sido asumido por la Sala de decisión de manera reiterada, pues al margen de la discusión en torno al poder vinculante de las sentencias de tutela, la Corporación comparte la tesis sostenida por la Corte Constitucional, con relación al allanamiento a la mora por parte de las EPS, consiste en que si el afiliado paga de forma extemporánea sus aportes sin que hayan mediado acciones de cobro por parte de la entidad promotora de salud, y ésta no rechaza el pago realizado fuera del término, se entenderá que se ha allanado a la mora y debe asumir el pago de la licencia o incapacidad; precisando que dichas acciones de cobro deben adelantarse por escrito, para efectos probatorios, lo cual dentro del presente proceso no se comprobó¹.

Adicionalmente cabe advertir que lo anterior también se sustenta en que el pago inoportuno de la cotización y su aceptación por parte de la EPS, no impide la financiación de la incapacidad, como quiera que su reconocimiento y pago se garantiza a través del porcentaje del Ingreso Base de cotización asignado para cada Entidad Promotora de Salud para tal efecto.

Se precisa que tampoco tiene cabida para esta Sala de decisión, el argumento expuesto por la accionada relacionado con la prescripción del derecho para efectuar la reclamación de reembolso de la incapacidad, pues nótese que en el expediente se encuentra plenamente acreditado que la incapacidad objeto de la reclamación fue concedida a la trabajadora referida entre los días 17 de diciembre de 2012 al 15 de enero de 2013, la cual fue

¹ Cfr. Entre otras sentencias los radicados T -154/2011 T-468/10, T-786/09, T-418/08, T-533/07, T-267/07, T-001/07, T-761/06 y T-094/06 de la Corte Constitucional.

pagada por la empleadora accionante el 30 de enero de 2013, efectuando la reclamación ante la EPS demandada el 22 de abril de 2015 y siendo presentada la demanda el 28 de febrero de 2018, es evidente que no transcurrió la prescripción trienal que regula el artículo 151 del C.P.T. y S.S., norma aplicable al caso, toda vez que contaba hasta el 20 de abril de 2018 para promoverla.

En cuanto a la condena por intereses de mora, se debe considerar que el Decreto 780 del 2016, sobre pago de prestaciones económicas, define los términos para que las entidades promotoras de salud (EPS) o las empresas obligadas a compensar (EOC) efectúen el pago de las prestaciones económicas de las incapacidades, de acuerdo con la norma, el pago será realizado a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco días hábiles, contados a partir de la autorización por parte de la EPS o EOC; la revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante, una vez verificado previamente la cotización allegada por el aportante beneficiario, La EPS o EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá reconocer y pagar intereses moratorios al aportante, según lo definido en el artículo 4.º del Decreto Ley 1281 del 2002.

Para que surja el derecho al reconocimiento de los referidos intereses, es claro que quien los reclama debe demostrar que efectuó la respectiva solicitud y que la misma no fue resuelta dentro del término legal con que contaba la entidad de seguridad social encargada del pago respectivo, además se deben demostrar las fechas en que se efectuó la revisión y liquidación de las prestaciones para así poder contabilizar el plazo para el pago, lo cual aparece demostrado en el expediente, como ya se consignó, siendo consecuente la condena por intereses moratorios.

De conformidad con lo considerado, la Sala no encuentra mérito para revocar la sentencia impugnada, motivo por el cual se confirmará

Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, el 17 de julio de 2020, de conformidad con lo expuesto en las motivaciones de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente sentencia será notificada mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVAMENTO DE VOTO: Me aparto respetuosamente de la decisión adoptada, pues la cuantía de la pretensión elevada ante la Superintendencia de Salud como juez de primera instancia es inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y por ello se trata de un proceso de única instancia, cuyas decisiones no son susceptibles de apelación según lo dispone el artículo 12 del CPL. En mi criterio, ni el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, ni el artículo 30 del decreto 2462 de 2013, excluyeron de la regulación general sobre competencia funcional por razón de la cuantía, a los procesos laborales que se tramitan ante la Superintendencia de Salud.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.



SALA LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE:
LORENZO TORRES RUSSY**

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL-DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN contra ALIANSALUD EPS S.A

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00235 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Aliansalud EPS S.A., contra el fallo proferido el 13 de julio de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 11 de diciembre de 2020 (fl. 74) y remitido el expediente a esta Corporación el 2 de marzo de 2021 (fl. 1 cuaderno 2).

OBJETO DE LA ACCIÓN

La parte actora pretendió que se ordenara en su favor el reconocimiento y pago de la incapacidad general de manera completa, por la suma de \$ **2.237.361.**, correspondiente al valor de la diferencia cancelada por la Dian y la cancelada por EPS, más los intereses moratorios generados desde la fecha de pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso.

HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte accionante manifestó que la señora Lina María Guzmán presta los servicios a la UAE DIAN desde el 18 de julio de 2005, señaló que la servidora

se encuentra afiliada en salud a la EPS demandada desde el mes de julio de 2014, informó que se generó licencia de maternidad de 137 días desde el 3 de julio de 2014 al 16 de noviembre de 2014, la cual fue cancelada por la EPS por un valor de \$15.681.934, quedando un saldo faltante de \$2.237.361 más los intereses de mora.

La demanda fue admitida por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante providencia del 8 de mayo de 2018.

REPUESTA DE ALIANSALUD EPS S.A

La parte demandada señaló que la EPS ha dado estricto cumplimiento a sus obligaciones y realizó oportunamente el trámite de liquidación y pago de la licencia de maternidad generada a la señora Lina María Guzmán, la cual resaltó su liquidada conforme con la normatividad vigente aplicable al caso, por lo que manifestó que ha actuado sin desconocer los derechos que las normas legales que regulan la materia.

DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas por la parte actora, al considerar que el reembolso de la incapacidad se hizo en un monto inferior por parte de la EPS, ya que el valor se debió tomar como IBL para dicha liquidación era el salario de la funcionaria el cual asciende a la suma de \$3.839.849.

RECURSO DE APELACIÓN

ALIANSALUD EPS., impugnó la referida decisión, mediante escrito en el cual señaló que la Superintendencia Delegada sustentó su fallo en un documento que no es soporte de pago o semejante, ya que es solamente la relación que la demandante aportó a la EPS, junto con la comunicación de junio de 2015 de radicado 000S2015017249, para hacer cobro de las incapacidades y licencias presuntamente impagadas, por lo que señaló no habría lugar a pago de suma adicional.

Establecida de esta manera la inconformidad de la parte apelante, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El planteamiento del problema jurídico a resolver, se contrae en determinar si ALIANSALUD EPS, debe cancelar a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONAL DIAN, la diferencia pagada por concepto de la licencia de maternidad causada a favor de la trabajadora LINA MARIA MEDINA GUZMAN.

Para dilucidar el problema jurídico planteado, ha de precisarse que en el asunto examinado no existe controversia sobre el reconocimiento de la licencia de maternidad, sino del valor correcto por el cual debió reconocerse dicha licencia.

Así entonces, para la Sala es claro que la mencionada prestación económica se liquida con el salario, al respecto se hace necesario traer a colación el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, que en su parte pertinente señala con relación al reconocimiento y pago de incapacidades que:

“ARTÍCULO 236. LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.”

Ahora bien, se precisa que no tiene cabida para esta Sala de decisión, el argumento expuesto por la accionada en relación al documento que la Superintendencia de Salud fundamento el salario devengado por la trabajadora Lina María Medina Guzmán por un valor de \$ 3.839.849, pues se evidencia que dicho documento son los comprobantes de nómina de los

meses de junio y julio del 2014 (fls. 52 y 53), fecha de causación de la licencia de maternidad, luego es la prueba fehaciente del salario devengado.

De conformidad con lo considerado, la Sala no encuentra mérito para revocar la sentencia impugnada, motivo por el cual se confirmará.

Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, el 13 de julio de 2020, de conformidad con lo expuesto en las motivaciones de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente sentencia será notificada mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVAMENTO DE VOTO: Me aparto respetuosamente de la decisión adoptada, pues la cuantía de la pretensión elevada ante la Superintendencia de Salud como juez de primera instancia es inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y por ello se trata de un proceso de única instancia, cuyas decisiones no son susceptibles de apelación según lo dispone el artículo 12 del CPL. Ni el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, ni el artículo 30 del decreto 2462 de 2013, excluyeron de la regulación general sobre competencia funcional por razón de la cuantía, a los procesos laborales que se tramitan ante la Superintendencia de Salud.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.



SALA LABORAL

**MAGISTRADO PONENTE:
LORENZO TORRES RUSSY**

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR EDGAR JOSE RODRÍGUEZ GARCÍA contra LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL- DIRECCIÓN DE SANIDAD-SECCIONAL BOGOTÁ.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00708 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el fallo proferido el 6 de diciembre de 2019 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 12 de marzo de 2020 (fl. 108) y remitido el expediente a esta Corporación el 22 de octubre de 2020 (fl. 1 cuaderno 2).

OBJETO DE LA ACCIÓN

La parte actora pretendió que se ordenara en su favor el reconocimiento y pago de la suma de \$ 2.540.745, correspondiente a los gastos incurridos por la no atención oportuna en los servicios de salud por parte de la demandada.

HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte accionante manifestó que el 28 de diciembre de 2017, radicó ante la accionada solicitud de reembolso en razón a los gastos que incurrió por la demora reiterada en la prestación de los servicios de salud y ante la urgencia en la intervención médica por la gravedad de la enfermedad que le fue diagnóstica, solicitud que fue negada mediante comunicación remitida

al actor en el mes de febrero del año 2018, con la manifestación no aprobar la solicitud de reembolso teniendo en cuenta la Resolución 712 del 21 de diciembre de 2015, que señala como termino de 30 días calendarios posterior al suministro del bien para realizar el proceso de reembolso.

La demanda fue admitida por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante providencia del 28 de mayo de 2018.

REPUESTA DE LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICIA NACIONAL- DIRECCIÓN DE SANIDAD-SECCIONAL BOGOTÁ.

La parte demandada se opuso a las pretensiones y sostuvo que de acuerdo con los requisitos legales los reembolsos económicos de gastos médicos se presentan cuando el usuario tiene que asumir dichos gastos bajo las circunstancias de atención de urgencias en caso de no ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la EPS; cuando una atención específica haya sido autorizada por la EPS; en casos de incapacidad; imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada por la EPS para cubrir las atenciones en salud requeridas, resaltó que en el presente caso el demandante presentó extemporáneamente la solicitud de reembolso, por lo cual no cumplió con el acto administrativo que regula el procedimiento.

DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, decidió no acceder a la pretensión formulada por el actor, al considerar que no se demuestra negativa injustificada o negligencia demostrada por parte de la demandada, por lo cual, señaló que no se evidencia razón suficiente para acudir de manera particular a realizarse los exámenes requeridos, ya que el reconocimiento económico opera en casos excepcionales.

RECURSO DE APELACIÓN

El señor Edgar José Rodríguez García impugnó la referida decisión, mediante escrito en el cual reiteró los argumentos iniciales y señaló que en el presente caso no se tuvo en cuenta todas las circunstancias específicas del caso como son la edad, la patología existente de diabetes e hipertensión y diagnóstico de LINFOMA NO HODGKIN DE CELULAS PEQUEÑAS

HENDIDAS-DIFUSO, por lo cual la demandada se encontraba en la obligación de garantizar el goce de su derecho a la salud.

Establecida de esta manera la inconformidad de la parte apelante, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto el demandante, es pertinente señalar el artículo 27 del Decreto 1795 de 2000, que dispone el plan de servicios en salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional:

“ARTICULO 27. PLAN DE SERVICIOS DE SANIDAD MILITAR Y POLICIAL. Todos los afiliados y beneficiarios al SSMP, tendrán derecho a un Plan de Servicios de Sanidad en los términos y condiciones que establezca el CSSMP. Además cubrirá la atención integral para los afiliados y beneficiarios del SSMP en la enfermedad general y maternidad, en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación. Igualmente tendrán derecho a que el SSMP les suministre dentro del país asistencia médica, quirúrgica, odontológica, hospitalaria, farmacéutica y demás servicios asistenciales en Hospitales, Establecimientos de Sanidad Militar y Policial y de ser necesario en otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.”

Ahora bien, en el presente asunto lo pretendido por el actor es el reconocimiento y pago de unos exámenes de ayudas diagnósticas por inmunohistoquímica, ecoendosonografía y ecografía endoscópica y biliopancreática en el Instituto Nacional de Cancerología y los servicios particulares del médico tratante el Dr. Cristian Flores Sarmiento en la Clínica Palermo, por la no atención oportuna en los servicios de salud por parte de la demandada.

Al respecto, se hace pertinente traer a colación el literal b, del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual señala los supuestos jurídicos para el reconocimiento económico pretendido:

“b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos: 1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen. 2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica. 3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.”

De acuerdo a lo anterior, se tiene que para el reconocimiento económico es necesario que la EPS se encuentre en algún supuesto de los anteriormente enunciados, luego, al revisar los medios probatorios que se encuentran en el expediente, esta Sala no observa solicitud de autorización de los mencionados exámenes por parte del demandante a la red prestadora de salud de Sanidad de la Policía Nacional, luego a pesar de que el actor es una persona de especial protección, lo cierto, es que no se logra demostrar algún tipo de negligencia por parte de la demandada, por lo que no es posible imputarle a ésta, el pago de unos servicios cuando no fueron requeridos por el usuario en su oportunidad, por lo mencionado esta Sala de decisión, confirmará la providencia de primera instancia.

Por lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, el 6 de diciembre de 2020, de conformidad con lo expuesto en las motivaciones de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente sentencia será notificada mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVAMENTO DE VOTO: Me aparto respetuosamente de la decisión adoptada, pues la cuantía de la pretensión elevada ante la Superintendencia de Salud como juez de primera instancia es inferior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y por ello se trata de un proceso de única instancia, cuyas decisiones no son susceptibles de apelación según lo dispone el artículo 12 del CPL. Ni el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, ni el artículo 30 del decreto 2462 de 2013, excluyeron de la regulación general sobre competencia funcional por razón de la cuantía, a los procesos laborales que se tramitan ante la Superintendencia de Salud.