REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 27-2017-00687-01

Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **ALFONSO CORREA MONCADA**
DEMANDADO: **GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ SA ESP**
ASUNTO: **CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de agosto de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 3 a 7) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ALONSO CORREA MONCADA** instauró demanda ordinaria laboral contra del **GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ SA ESP**, debidamente sustentada como aparece a folios 2 a 8 y 30 a 36 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se condene a la demandada al reconocimiento y pago del ajuste en salud en consonancia con lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, a partir de los años 1994 a 2017, y los que se sigan causando en cumplimiento de la sentencia favorable.
2. A la indexación de las sumas reconocidas, según la formula dispuesta por el Consejo de Estado.
3. A lo que resulte probado ultra y extra petita.
4. A las costas del proceso.

La demandada EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ SA ESP, contestó la demanda (fls. 71-79), de acuerdo al auto visible a folio 181. Se opone a las pretensiones del demandante y propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y prescripción.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 27 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de agosto de 2019, **ABSOLVIÓ** a la demandada GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ SA ESP de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ALFONSO CORREA MONTADA. **DECLARÓ** probadas las excepciones de cobro de lo no debido y pago formuladas por la demandada. **CONDENÓ** en costas a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $800.000.

CONSULTA

Teniendo en cuenta que ninguna de las partes interpuso recurso de apelación, y al ser la sentencia adversa al trabajador fueron remitidas las diligencias para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, el cual pasa a resolver la Sala previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1.** Si el demandante ALONSO CORREA MONCADA es beneficiario del reajuste y pago del incremento pensional en salud de que trata el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia si procede el pago de las diferencias de las mesadas pensionales pagadas.

ESTATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No se encuentra en discusión la condición de pensionado del demandante, pues la misma se acredita con la documental obrante a folios 9 a 15, contentiva de la Resolución No. 7347 del 9 de diciembre de 1991, mediante la cual la Empresa de Energía de Bogotá, reconoció al demandante la pensión de jubilación en cuantía de $269.382, a partir del 4 de noviembre de 1991. Igualmente, con la resolución No. 009910 de 2002, por medio del la cual el ISS, reconoce al señor ALFONSO CORREA MONCADA, pensión de vejez en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del 29 de agosto de 2000, en cuantía inicial de $1.236.303, y un retroactivo hasta mayo de 2002 a favor del empleador EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ, por valor de $33.770.653, y la Decisión de Gerencia No. 000089 del 21 de agosto de 2002 expedida por la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ, mediant ela cual se dispone la cortabilidad de la pensión de vejez reconocida por el ISS al demadnte con la de jubilación otorgada por la entidad, en la que se estableció una diferencia a pagar de $160.723 por mayor valor y se indicó que de la diferencia de la pensión pagada se descontaría el aporte para salud, el cual se giraría a la correspondiente EPS.

REAJUSTE PENSIONAL DEL ARTÍCULO 143 DE LA LEY 100 DE 1993

El artículo 143 de la Ley 100 de 1993, que en su literalidad estipuló:

> *"ARTÍCULO 143. REAJUSTE PENSIONAL PARA LOS ACTUALES PENSIONADOS. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha,* ***a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.***

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud podrá reducir el monto de la cotización de los pensionados en proporción al menor número de beneficiarios y para pensiones cuyo monto no exceda de tres (3) salarios mínimos legales.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Sólo por el año de 1993, los gastos de salud de los actuales pensionados del ISS se atenderá con cargo al Seguro de IVM y hasta el monto de la cuota patronal." (Resalta de la Sala)

La finalidad de la norma atrás transcrita, como su propio texto lo indica, no es otra que un reajuste especial de pensiones para aquellos pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994, equivalente al incremento de la cotización en salud bajo el nuevo régimen, que disminuía el monto realmente percibido, al compensar el aumento del aporte en salud que estaba en el 4% y se incrementó al 12%, creándoles un estado de desigualdad o desmejora para con otros pensionados.

En tal sentido, la Corte constitucional al analizar la constitucionalidad de la norma, en la sentencia C-111 de 1996, precisó para aquellos *"se hayan en una situación diferente a la de quienes se pensionen con posterioridad a esa fecha, ya que aquellas personas han tenido un distinto régimen de obligaciones, montos de pensión y demás derechos y beneficios, que comprende la cotización para salud regulada bajo un nuevo sistema llamado contributivo en el nuevo sistema general de salud; pero, además, dicho fundamento de justicia y de racionalidad que apare en el artículo 143 de la ley 100 de 1993, tiene en cuenta que, dentro del nuevo marco legal, la cotización al mencionado régimen contributivo en salud se encuentra a cargo del pensionado, mientras que quienes se pensionen con posterioridad a dicha fecha habrán cotizado para el sistema contributivo de salud en otra manera y dentro de una modalidad bien diferente, en la que participa de modo definitivo el empleador."*

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias rescientes como la SL5119-2020 ha reiterado la procedencia de dicho

aumento respecto de las pensiones reconocidas con antelación al 1 de abril de 1994, en los siguientes términos:

"Al respecto, debe indicarse que el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, prevé el reajuste de las pensiones de vejez o jubilación, invalidez o muerte para aquellas personas a quienes se les hubiere reconocido la prestación periódica con anterioridad al 1.º de enero de 1994. La finalidad de dichas normativas es compensar para esos pensionados la pérdida del valor real de la mesada en razón al aumento de la cotización al sistema de seguridad social en salud que dispuso la Ley 100 de 1993.

El texto de dichas normas es del siguiente tenor:

Artículo 143 de la Ley 100 de 1993:

Artículo 143.- A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente ley.

Artículo 42 del Decreto Reglamentario 692 de 1994:

Artículo 42.- Reajuste pensional por incremento de aportes en salud. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieren causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de dicha fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993. (Subraya de la Sala).

El referido incremento pensional fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-111-1996, al establecer que desarrollaba «el principio de la igualdad en su dimensión de igualdad como diferenciación» de los pensionados antes de la vigencia de la norma, frente a quienes adquirieran dicho estatus con posterioridad. Esto, por cuanto a los primeros se les imponía una obligación nueva de cotización que incidía en el valor de las prestaciones ya causadas, como consecuencia del régimen contributivo en materia de salud que implementó la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular, en sentencia CSJ SL2148-2017, esta Corporación explicó:

El Tribunal no incurrió en el error interpretativo que le endilga la censura cuando concluyó con arreglo a los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, que la entidad demandada estaba obligada a reajustar las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 1994, en un porcentaje igual a la elevación de la cotización para el sistema de salud a cargo del pensionado. (…)

A la luz de las reglas transcritas los pensionados tienen derecho a un reajuste en su pensión igual al aumento del porcentaje de aporte a salud, con el propósito de que sus pensiones no sufran un deterioro económico por cuenta de los nuevos porcentajes con destino al sistema de salud ordenados por la Ley 100 de 1993.

Ahora, es criterio relevante para la aplicación de las reglas en comento la

fecha de causación de la pensión, pues deber ser con anterioridad al 1.° de enero de 1994.

Nótese, además, que la norma reglamentaria, esto es, el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, precisó que el reajuste se aplica igualmente «a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos», es decir, pone de presente la importancia que adquiere para la aplicación de tal disposición la data de estructuración del derecho, mas no el momento de su goce.

En sentencia CSJ SL, 14 ago, 2002, rad. 18563, la Corporación expuso:

> *Interesa agregar que el verdadero espíritu del legislador fue proteger a las pensiones cuya efectividad se diera con antelación al primer (sic) de 1994, así su otorgamiento u orden de pago se produjera en fecha posterior por los tramites normales de acreditación de requisitos o por negligencia del ente reconocedor o pagador de la misma, pues condicionar la aplicación del beneficio al simple acto formal de reconocimiento equivaldría a condenar injustamente al pensionado a tener que asumir una carga por circunstancias ajenas a su voluntad y desde luego sin ninguna culpa o negligencia de su parte."*

Pues bien, la norma seguida en líneas anteriores tenía como finalidad compesar a los pensionados la pérdida del valor real de la mesada en razón al aumento de la cotización al sistema de seguridad social en salud dispuesto por la Ley 100 de 1993. Así mismo, es clara es establecer que el deber de la entidad pensional, efectuar el correspondiente reajuste de la mesada pensional otorgada al jubilado en una proporción igual al aumento del aporte al subsistema de seguridad social en pensiones y no, que la administradora del régimen de prima media asuma el pago del aporte del 8%, pues se reitera, el deber establecido por el legislador en el art. 143 de la Ley 100 de 1993 correspondía a efectuar el reajuste en el porcentaje del 8%.

En ese orden de ideas, la demandada indica que dicho aumento en efecto se realizó y asumió el pago del 8% de la cotización obligatoria en salud, beneficio que les fue mantenido asta la fecha en lo que tenpia que ver con la mesad pensional reconocid por el grupo de energía, pero que con ocasión que se trataba de una pensión compartida y el reconocimiento a cargo del ISS hoy Colpensiones, era posterior a 1994, el 12% de la cotización de la pensión de vejez estaría a cargo del pensionado, pues conforme la norma el patrono debía asumir las dos terceras partes de los aportes a salud del trabajador y/o jubilado, mientras este cumplía con los requisitos exigidos en la ley para acceder a la pensión de vejez del ISS, por lo que la entidad asumió su pago únicamente hasta la data en que le fue reconocida la pensión de vejez,

descontándose de las mesadas pensionales únicamente el valor del 4% pro concepto de aporte obligatorio en salud.

Por otra parte, de la documental allegada con la contestación de la demanda visible a folios 80 a 81, correspondiente a la Certificación expedida por el Grupo de Energía de Bogotá SA ESP, se indica que al demandante le era cancelada una mesada antes de aplicar la compatibilidad que ascendía a la suma de $1.608.056 pesos, descontándosele al pensionado el aporte obligatorio en salud del 4%, esto es, la suma de $64.322 peos, que a partir del agosto de 2002, data en la que se aplicó la compatibilidad pensional, la mesada compartida a cargo de la entidad ascendía a la suma de $160.724 pesos a la cual se le siguió aplicando el descuento por salud de 4%, por la suma de $6.428 pesos. Igualmente, indico que la entidad actualmente reconocía una mayor valor sobre la mesada compartida por valor de $#34.458 pesos, a la que se descontaba el aporte obligatorio en salid del 4% por la suma de $13.400 pesos.

Revisada la documental allegada al plenario, si bien el demandante sólo aportó las comprobantes de pago de la mesada pensiona de los meses de mayo, junio, julio y agosto de 2016, en los que se relacionan los descuentos por aportes a salud por valor de 12.200, la accionada en su contestación incluyó una relación de pagos por mesada pensional de los años 2001 a 2018 que permite verificar que a partir del mes de agosto de 2002, el descuento efectuado a la mesada del actor no superó el 4%, lo que permite evidenciar que en efecto la accionada continuó pagando el reajuste previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, al que tenía derecho el accionante al haberse causado su mesada con antelación al 1 de abril de 1994.

En consecuencia, se impone la CONFIRMACIÓN de la decisión de primera instancia, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

COSTAS. Sin costas en el grado jurisdiccional de Consulta.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** Sin Costas en el grado jurisdiccional de Consulta.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502720170068701)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310502720170068701)

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310502720170068701)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 05-2019-00648-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **ANA FELISA CAMPOS BUSTOS**

DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA

ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA Y COLPENSIONES)) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de diciembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls.9 a 12), así como Colpensiones (fls. 4 a 8) y Porvenir SA (fls. 14 a 16) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 15 de marzo de 2021 por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) **ANA FELISA CAMPOS BUSTOS** instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, y contra AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 12 a 24 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

De carácter declarativo:

1. Que es nulo el acto jurídico por medio del cual se hizo el traslado de la Sra. Ana Felisa Campos Bustos, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de la Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones Porvenir.

De carácter condenatorio:

2. Se ordene a la Administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones Porvenir S. A. el reintegro a Colpensiones de la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos financieros, y demás sumas de dinero recaudadas desde que la demandante se vinculó a Porvenir S. A. hasta la fecha en que se traslade a Colpensiones las sumas indicadas.

3. Ordenar a Colpensiones que proceda a aceptar a la Sra. Ana Felisa Campos como afiliada, y a recibir de Porvenir S. A. la totalidad de lo ahorrado en el régimen de ahorro individual para los fines de su pensión de vejez.

4. Condénese en costas a las demandadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.212-228), y Porvenir SA (fls.83-108) de acuerdo al auto del 10 de diciembre de 2019. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 05 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 01 de diciembre de 2020, **DECLARÓ LA NULIDAD** del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora Ana Felisa Campos Bustos, a través de Porvenir S.A. , **ORDENÓ** a Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses,

y a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral **CONDENÓ EN COSTAS** a cargo de Porvenir S.A. Incluyéndose como **agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos** mensuales legales vigentes, a cargo de Porvenir S.A , y envió a consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES

Interpone recurso de apelación, teniendo en cuenta que la representada no tuvo injerencia alguna en los intereses del cambio de régimen de la demandante, sin embargo hoy por hoy con las decisiones resulta viéndose afectados los intereses de COLPENSIONES y los intereses de las personas que si han cotizado dentro del régimen de prima media por todos estos años, sentencia T 489 de 2010, pide se estudie el fallo de la primera instancia el cual basa su fallo en la falta de información cuando esto no se probó durante el proceso, adicional a ello manifiesta que el asesoramiento debe recaer en el fondo privado, pues son ellos quienes debían cumplir con suministrar la información necesaria y completa a los potenciales afiliados y no endilgar responsabilidad alguna al ISS hoy Colpensiones, sustenta que de declararse la nulidad se ve afectado el fondo en la descapitalización del mismo cuando la obligación de quien debe suministrar la información recae sobre el fondo privado, no obstante manifiesta la apoderada de la parte demandada que de ser confirmada la sentencia solicita el reintegro total de la cotización, cuotas abonadas, seguros, y todo lo aportado por la demandante para asegurar que Colpensiones pueda sustentar los costos del afiliado, basado en lo anterior solicita respetuosamente se revoque el fallo en su totalidad.

La parte demandada, AFP PORVENIR SA

Sustenta recurso de apelación en los siguiente términos, para la apoderada la parte actora tiene el deber de diligencia y obligación de vigilar sus negocios, ella no debe ser beneficiaria de su propia culpa, encontrándose la actora en el literal e del art 13 de la ley 100 , donde para la demandada la parte actora nunca se preocupó por el estado pensional con el RAIS, la inconformidad se vino a consolidar cuando se encuentra en su edad pensional, al final con los montos, pero la afiliada en su momento se trasladó de forma libre y se sometió a las características de este nuevo

régimen de manera voluntaria, sustenta que no puede señalarse que el fondo omitió el deber de información cuando realmente la inconformidad surge no por la falta de información sino por las diferencias de los montos pensionales entre Colpensiones y Porvenir SA, es por ello que por haber existido un acto jurídico basado en la voluntad de las partes solicita se le dé el valor independiente y se respete la voluntad de las partes, los afiliados son consumidores financieros que tienen el deber de vigilar sus intereses, donde la actora debía tener por sí misma la información que requiriera del fondo, la carga que le están pidiendo a los fondos hoy día es imposible de sustentar dado que en ese tiempo solo se exigía el formulario que se suscribía, cumpliendo todos los preceptos legales para su validez en la época art 11 del decreto 692, y es lo que aportan hoy día, así mismo hace alusión que es más fácil presumir que por el paso de los años en los que se brindó la información, se haya olvidado la información que en su momento los asesores le brindaron a la demandante y no presumir que no le dieron la información como se están basando en el presente caso, teniendo en cuenta esos argumentos solicita se revoque la decisión.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA efectuado por el (la) señora Ana Felisa Campos Bustos, el día 30 de julio de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA el 30 de julio de 2001, con efectividad a partir del 1° de septiembre de 2001 (fl. 113 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así

lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- 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.*
3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de 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.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante (fl. 63 expediente digital), Porvenir SA aportó: historia laboral, SIAFP, formulario de afiliación, certificado de afiliación expedida por Porvenir, constancia de publicación diario El Tiempo y concepto de la Superfinanciera (fls. 99 a 160 del expediente digital).

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de julio de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la

ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado el 30 de julio de 2001, la demandante tenía 152 semanas (fl. 63 del expediente digital), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 17 de Agosto de 1962 – fl. 160 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, antes de llegar a los 60 años de edad podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.206 semanas – fl. 160 expediente digital), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representa una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden

todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **ANA FELISA CAMPOS BUSTOS** del ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 30 de julio de 2001.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias

en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 01 de Diciembre de 2020 por el juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad 11001310500520190064801)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad.11001310500520190064801)
Aclaro Voto.

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500520190064801)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 07-2018-00695-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE:	**MARIA TERESA ARIZA MONTAÑEZ**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES**
	AFP PORVENIR SA
ASUNTO:	**RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES Y PORVENIR SA) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandada Colpensiones (fls. 14) y Porvenir SA (fls. 5 a 13), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) MARIA TERESA ARIZA MONTAÑEZ instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 8 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Declárese la nulidad de la afiliación de la señora MARIA TERESA ARIZA MONTAÑEZ, a la AFP Porvenir SA, el 20 de octubre de 2000, por medio de la cual se trasladó del RPM al RAIS.
2. Ordenar a Colpensiones que acepte el traslado al RPM y vincule a la demandante a dicho régimen.
3. La libertad de la señora MARIA TERESA ARIZA MONTAÑES, de afiliarse al RPM al declararse la nulidad de afiliación a la AFP Porvenir SA.

CONDENATORIAS:

1. A Colpensiones a recibir a la demandante.
2. A la AFP Porvenir SA a liberar de sus bases de datos a la demandante, y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls. 114 a 135) y PORVENIR SA (fls. 164 a 256), de acuerdo al auto del 15 de octubre de 2019. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 7° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 7 de septiembre de 2020, **DECLARÓ LA INEFICACIA** de la afiliación y traslado realizado por la señora MARIA TERESA ARIZA MONTAÑEZ a la AFP PORVENIR SA el 2 de

octubre de 1996 contenida en el formulario visible a folio 178 No. 867899. **ORDENÓ** a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de al cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MARIA TERESA ARIZA MONTAÑEZ, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. igualmente, debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONESA debidamente indexados. **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al régimen de prima media con prestación definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al ISS. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones presentadas por COLPENSIONES y PORVENIR SA. **COSTAS** a cargo de la parte demandada PORVENIR, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO**: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP Porvenir SA, teniendo en cuenta que el documento que firmo la demandante, el cual es el formulario de afiliación, se presume auténtico, según el Art. 54 A del CPT y contiene las declaraciones de que trata el Art. 14 de la Ley 100 de 1993, adicionalmente, indica el Juzgado que Porvenir no allegó pruebas en cumplimiento de su deber legal con la parte actora al momento de su vinculación, esto es, para acreditar la información completa, veraz y oportuna, lo cual no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto Porvenir de manera palmaria cumplió con la carga procesal impuesta, pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder, máxime si se tiene en cuenta que la actora ha estado vinculada a Porvenir, producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se itera es un documento que se presume auténtico, sino que se insiste con la conducta del afiliado, que permaneció afiliado al RAIS muchos años, y permitió el descuento con

destino al Fondo de Pensiones, pruebas que analizadas en conjunto muestran la intención de la demandante de estar afiliada al RAIS.

Menciona que jurídicamente no es viable imponer cargas distintas a Porvenir a las previstas en las Leyes existentes para el momento en que sucedió la afiliación por parte de la demandante, pues constituiría una violación al debido proceso y confianza legítima a Porvenir, ya que para cuando se celebró el acto jurídico la demandante no solamente era jurídicamente capaz, sino que además el citado acto contiene un objeto y una causa lícita y por cuenta de interpretaciones ahora se desconocen instituciones primarias de un estado social de derecho como lo son la validez y los efectos de los actos jurídicos. Debe tenerse en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que válidamente se debe entender que nunca se acercó a una oficina de Porvenir para preguntar por su futuro pensional, lo que denota una cierta negligencia por la parte demandante y ahora pretende sanear a través de éste proceso que adelante en contra de Porvenir con el argumento que no se le dio la información necesaria. Adicionalmente, si la consecuencia de éste proceso es que se declare la ineficacia de la afiliación, esto quiere decir que las cosas deben volver al estado anterior, en estricto sentido existirían las siguientes consecuencias: el contrato de afiliación nunca existió, Porvenir no debió administrar los recursos de la cuenta individual de la demandante, los rendimientos que produjo la cuenta individual no se produjeron, y en consecuencia, tampoco existió el cobro de cuota de administración, sin embargo se debe tener en cuenta el Art. 1746 que habla de las restituciones mutuas, intereses y el abono de mejoras, y con base a esto, aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca hubo afiliación al RAIS, por lo que no se puede considerar que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas, producto de la buena gestión de la AFP que represento la cuenta de ahorro obtuvo unos rendimientos y por eso Porvenir tiene derecho a conservar las comisiones.

Indica que obligar a Porvenir a devolver a Colpensiones los rendimientos de la demandante, y adicionalmente lo descontado por comisión de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento ilícito y sin justa causa, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por al buena administración que hizo Porvenir, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizado por parte del Juez una interpretación la cual no es acorde a la constitución y a la Ley, en este sentido, los gastos de administración y los seguros previsionales al no corresponder valores que pertenecen a los afiliados, en ninguno de los regímenes pensionales, en

cuanto no financia la pensión de la vejez y por cuanto no hacen parte integral de ésta, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, características que si goza el derecho pensional, luego en estos conceptos si estamos sujetos al fenómeno prescriptivo, quedando demostrado que Porvenir actuó de buena fe, acogiéndose siempre a la Ley.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO**: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la Colpensiones, teniendo en cuenta que si bien existe un precedente del órgano de cierre como el citado por el A Quo, los argumentos que ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia no se debe aplicar el precedente de manera objetiva ya que se debe analizar las circunstancias de cada caso en concreto, en especial el de los derechos adquiridos, respecto del régimen de transición, en este caso se puede indicar que la demandante lo que busca es una motivación económica por su traslado, en ningún momento manifiesta que la hayan inducido a error en el tema de su afiliación. Así mismo, resalta que la actora no cumple con los requisitos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y con la declaratoria efectuada por el Juzgado, no se está teniendo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, que si bien se va a trasladar lo ahorra por la demandante en el RAIS, este capital no será suficiente para financiar dicha prestación, por lo que será el RPM la que encontrará la descapitalización.
   Adicionalmente, solicita se estudie una de las posturas que esta adoptando una de las Salas, que mediante sentencia del 28 de julio de 2020, indica que niega este tipo de nulidades o ineficacias, por cuanto la única motivación del demandante es que la pensión no estaban acorde a sus aspiraciones económicas, por lo que el afiliado debía someterse a las condiciones del sistema, por cuanto optó un régimen al firmar un formulario de afiliación, y así mismo lo indicó en el interrogatorio de parte.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señor (a) MARIA TERESA ARIZA MONTAÑEZ el día 2 de octubre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 2 de octubre de 1996, con efectividad a partir del 1° de diciembre de 1996. (fl. 176).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de

1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- 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.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de 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.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó expediente administrativo de la demandante. PORVENIR SA aportó: formato de afiliación (1996), historia de vinculaciones del SIAFP, certificado de afiliación a Porvenir SA, relación histórica de movimiento Porvenir SA, relación de aportes, reporte semanas cotizadas para pensión, sábana de bono pensional, comunicados de prensa, respuesta a derecho de petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 de octubre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 2 de octubre de 1996, el (la) demandante tenía 119 semanas (fl. 227), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 10 de diciembre de 1960– fl. 29) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, antes de llegar a los 60 años de edad, podría pensionarse en el RPM en el año 2017, toda vez que actualmente tiene más de 1.275 semanas – fl. 227, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP PORVENIR SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Finalmente, respecto de la inconformidad de la apoderada de Porvenir a la no devolución de los gastos de administración, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).",* despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir SA.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora MARIA TERESA ARIZA MONTAÑEZ del régimen de prima media a la AFP PORVENIR SA el 2 de octubre de 1996.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora ; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2020 por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de ellas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500720180069501)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500720180069501)

Aclaro Voto

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500720180069501)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 07-2019-00130-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE:	**LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES**
	AFP PORVENIR SA
ASUNTO:	**RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES Y PORVENIR SA) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación Parte demandada (Colpensiones y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 13 a 14), así como de la demandada Colpensiones (fls. 19 a 28) y Porvenir SA (fls. 5 a 10), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de enero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

Previo a resolver de fondo el asunto de la referencia, en atención que reposa poder por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones, se procede en primer lugar a reconocerle personería jurídica para actuar a la Dra. **MONICA ESPERANZA TASCO MUÑOZ** en calidad de apoderada sustituta, en los términos del poder conferido visible a folio 25 del plenario, quien le fue otorgado poder por parte de la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con C.C. No. 65.701.747 y TP No. 123.148 en calidad de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS SAS, a quien le fue otorgado PODER GENERAL mediante Escritura Pública No 3368 del 2 de septiembre de 2019 por parte de Colpensiones, previamente reconocida mediante auto del 12 de agosto de 2019.

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 13 y 14 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Que por falta de requisitos legales de que dan cuenta los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, se declare la nulidad de la afiliación que traiga como consecuencia la ineficacia del traslado de la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.
2. Que se declare válida vigente y sin solución de continuidad la afiliación de la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN al RPM administrado por Colpensiones.
3. Declarar que la AFP Porvenir SA, en virtud del regreso automático al RPM, está obligada a devolver los aportes realizados por la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN del RAIS a Colpensiones, sin efectuar ningún tipo de deducción de los mismos.
4. Declarar que la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN cumple con los requisitos para acceder a su pensión de vejez en el RPM administrado por Colpensiones.

CONDENATORIAS:

1. A Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN efectuó en el RAIS, incluidos los bonos pensiones, aportes voluntarios, rendimientos, todo como lo dispone el Art. 1746 del CC y su efectuar ningún tipo de descuento.
2. Ordenar a Colpensiones a reactivar la afiliación de la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN al RPM.
3. A Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN junto con sus retroactivo pensional a partir del momento en que cesó en las cotizaciones.
4. A Colpensiones a reconocer y pagar los intereses moratorios del Art. 141 de la Ley 100 de 1993 a la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN.
5. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: MINISTERIO PUBLICO (fls. 146 a 156), COLPENSIONES (fls. 156 a 208) y PORVENIR SA (fls. 242 a 274), de acuerdo al auto del 7 de febrero de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 7° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de octubre de 2020, **DECLARÓ LA INEFICACIA** de la afiliación y traslado realizado por la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA el 20 de septiembre de 2001 contenida en el formulario visible a folio 25 No. 1390996. **ORDENÓ** a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de al cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. igualmente, debe incluir

todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados. **ORDENÓ** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al régimen de prima media con prestación definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al ISS. **Ordenó** a Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez conforme los lineamientos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003m de la cual es beneficiaria la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN; la pensión deberá ser reconocida a partir de que la señora demandante acredite su desafiliación al Sistema. **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones presentadas por COLPENSIONES y PORVENIR SA. **COSTAS** a cargo de la parte demandada PORVENIR, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV. Sin costas a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO**: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la AFP Porvenir SA, teniendo en cuenta frente al formulario de afiliación, considera que ésta es prueba idónea y que la demandante suscribió de manera voluntaria y ampliamente informada la afiliación a Horizonte hoy Porvenir SA en el año 2001. Ahora bien, indica que la demandante es profesional en derecho, en efecto especialista en derecho procesal y con maestría en gerencia de proyectos, con lo que manifestó su voluntad libre a través de dicho formulario, consentimiento que a juicio de Porvenir SA debe ser evaluado bajo unos presupuestos totalmente diferentes, como quiera que no nos encontramos frente a una afiliado incauto, como se manifestó en la sentencia, sino frente a un profesional del derecho quien conocía y estaba en capacidad de conocer normas si quería tener mayor conocimiento respecto del sistema. Por otro lado, respecto de la causa que motiva esta demanda, se pasa por alto que lo que conlleva a la reclamación judicial no es una falta de información o un incumplimiento por parte de Porvenir SA, sino que es una causa netamente económica, tal y como la demandante lo

manifestó en el interrogatorio de parte, quien indicó que la causa que la movía para trasladarse obedecía que cuando se acerca a Porvenir SA a indagar sobre su derecho pensional y tiene conocimiento que éste puede ser equivalente a un SMLMV, es cuando busca asesoría porque considera que no es justo el reconocimiento de dicho valor, por lo que ésta es la causa real del proceso y en esa medida no hay lugar a acceder a una ineficacia de traslado, mas aun cuando la Corte Constitucional ha indicado que el derecho pensional no es una contraprestación directa de los ingresos o del salario de las personas.

En lo que tiene que ver con el deber de información, se aparta de las consideraciones hechas por el Juzgado, como quiera que a juicio de Porvenir SA y de conformidad con el Decreto 330 de 1993, no se establece ningún tipo de información detallada ni parandón ni características de los dos regímenes, que deban darse conforme en dicha norma y que se encontraba vigente para el momento del traslado en el 2001, sin embargo, Porvenir SA considera que se pasó por alto que la afiliación de la demandante al Sistema General de Pensiones, de acuerdo con el registro de historial de pensiones SYAFP que obra dentro del expediente, se dio el 11 de marzo de 1994 a través del ISS, por lo que no se tuvo en cuenta la asesoría que le dio o no el ISS a la demandante al momento de afiliarse por primera vez al Sistema General de Pensiones. Por otro lado, la Ley 100 de 1993 no establece que información debe brindar las AFP al momento de la afiliación y en tal sentido, el Art. 13, habla de una afiliación libre y voluntaria, sin ningún tipo de coacción, y en el mismo sentido el Art. 271 de la misma Ley, lo que regula es un efecto sancionatorio para quien desconozca ese libre albedrío generando algún grado de coacción en la afiliación, pero de ninguna manera regula la ineficacia u omisión del deber de la información y en ese sentido considera Porvenir SA que se están imponiendo obligaciones que no estaban vigente para el momento del traslado de régimen, pues los mismo surgieron con posterioridad al año 2010, con el desarrollo que ha hecho la normatividad sobre este derecho.

De igual forma, se desconoce que la demandante es profesional del derecho y en ese sentido no podía exigirse con igual rigurosidad los deberes y obligaciones a Porvenir SA, pasando por alto inclusive los deberes que la demandante tiene como consumidor financiero, esto es, conocer la norma, sus implicaciones, etc. y en ese sentido no se comparte que se tenga en cuenta las declaraciones de los testigos como quiera que dos de ellos que no estuvieron presenten en el acto de la afiliación, son testigos quienes dicen

que la demandante les contó la decisión que pensaba tomar, en ese sentido la afiliación de la demandante ni siquiera fue un acto inmediato, sino que se tomó el tiempo de evaluar si debía o no trasladarse, y cuando se le pregunta si validó la información que le dio el asesor respecto de la liquidación del ISS, manifestó que nunca lo validó, es mas, la demandante nunca se acercó a las instalaciones de Porvenir SA a indagar sobre los posibles requisitos de su pensión, tal y como lo manifestó en interrogatorio de parte, teniendo en cuenta que estamos frente a un profesional del derecho.

2. **GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:** En lo que tiene que ver con las condenas a cargo de Porvenir SA, debe tenerse en cuenta que al declararse la ineficacia del traslado no puede de ninguna manera respecto de las restituciones mutuas ordenarse la devolución de tales conceptos, en tal sentido, los gastos de administración, las sumas previsionales, están estipuladas en el Art. 20 de la Ley 100 de 1993 y la distribución del aporte se hace de acuerdo con las normas que regulen el tema, por eso ordenar la devolución de gastos de administración, es una decisión que resulta contradictoria, en la medida que se esta ordenando trasladar a Colpensiones los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con la gestión que hizo Porvenir SA, en ese sentido no debe haber lugar a la devolución de dichas sumas y que debe respetarse la gestión que hizo Porvenir SA. En lo que tiene que ver con los seguros previsionales, son sumas que no se encuentran en poder de Porvenir SA, y que fueron trasladados a las aseguradoras para cubrir los riesgos y no puede desconocerse que la demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliada al RAIS tuvo cobertura respecto de esos riesgos. De ninguna manera entrarían a financiar la pensión de la demandante y en todo caso, si la actora hubiese permanecido en el RPM una parte de su cotización se hubiese destinado a tales conceptos y en su lugar deberá darse aplicación al Art. 7 del Decreto 395 de 2008.

La **parte demandada (Colpensiones)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

3. **NULIDAD Y/O INEFICACIA DE TRASLADO**: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la Colpensiones, teniendo en cuenta que que dentro del expediente no obra prueba alguna que demostrara que estamos en presencia de un vicio del

consentimiento consagrado en el Art. 1740 del C.C., esto es, el error, la fuerza o el dolo. Nos encontramos frente a un error de punto de derecho que no tiene una fuerza legal para repudiar la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado por no tratarse de un error de nulidad que por esencia afecta la validez y lo condena a resarcir la situación. De igual forma, debe tenerse en cuenta que existió una ratificación expresa para sanear un presunto vicio del consentimiento, conforme el Art. 1754 al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el acto y por ello el demandante tuvo el tiempo de diligenciar el formulario de afiliación en el cambio de régimen, es así que trae a colación uno de los pronunciamientos mas recientes del Tribunal de Bogotá, en sentencias 2018-00445 del 30 de julio de 2020, donde indica que no existe un criterio unificado por el órgano de cierre y considera que el afiliado no esta exonerado del deber de demostración frente al cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos, teniendo en cuenta que su elección dependería de su futuro pensional. Así las cosas, tampoco es viable que el demandante pretenda una nulidad de traslado después que observó que la pensión no estaría acorde con sus aspiraciones económicas, y por ende el afiliado debe someterse a las condiciones del régimen, las cuales aceptó con la firma del formulario.

Respecto del principio de la descapitalización financiera, tenemos la C 1024,y SU 062 de 2010SU 130 de 2003, en el que la Corte en materia de traslado nadie puede resultar a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por parte de otros afiliados, por lo que el sistema resultaría descapitalizado, y en ese sentido ordenar la ineficacia del traslado afecta directamente la sostenibilidad financiera del RPM y pone en peligro los derechos fundamentales y la seguridad social de los demás afiliados.

4. **RECONOCIMIENTO PENSIÓN VEJEZ**: Debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo contemplado con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, manifiesta los requisitos para obtener la pensión de vejez, sin embargo, la demandante nació el 12 de marzo de 1960, y a la fecha cuenta con 60 años de edad, cumpliendo con el requisito de edad, sin embargo, al revisar las semanas cotizadas, la demandante no reúne 1300 semanas de cotización.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE SA efectuado por el (la) señor (a) LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN el día 20 de septiembre de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PORVENIR SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM. **3.** Si la demandante tiene derecho o no al reconocimiento pensional.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, momento para el cual solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE el 20 de septiembre de 2001, efectivo a partir del 1º de noviembre de 2001. Posteriormente, dada la cesión por fusión, quedó afiliada a la AFP PORVENIR SA a partir del 1º de enero de 2014. (fl. 306).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo

doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad

fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- 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.*
3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
5- Que la actuación viciada de 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.
6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado

en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó expediente administrativo de la demandante. PORVENIR SA aportó: relación de aportes, historia de vinculaciones del SIAFP, formato de afiliación (2001), certificado de afiliación a Porvenir SA, historia laboral consolidada, simulación pensional que data del 18 de septiembre de 2019, sábana de bono pensional, relación histórica de movimiento Porvenir SA.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de septiembre de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 20 de septiembre de 2001, el (la) demandante tenía 786 semanas (fl. 310), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 10 12 de marzo de 1960–

fl. 41) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad, podría pensionarse en el RPM en el año 2017, toda vez que actualmente tiene más de 1.514 semanas – fl. 310, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría un desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Finalmente, respecto de la inconformidad de la apoderada de Porvenir a la no devolución de los gastos de administración, debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).",* despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Porvenir SA.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora LUZ AMERICA MALAGON GUILLEN del régimen de prima media a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA el 20 de septiembre de 2001.

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ:

Ahora bien, el Juez de instancia condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a favor de la demandante, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, una vez se acredite el retiro del sistema.

Teniendo en cuenta lo anterior, es del caso resaltar que, solo será objeto de estudio por parte de la accionada **COLPENSIONES** respecto del reconocimiento de la

pensión de vejez, cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de datos y dinero de la demandante en el régimen de prima media.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** el numeral quinto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 a favor de la aquí demandante.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso al apelante PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora ; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 a favor de la aquí demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás de la sentencia proferida en primera instancia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500720190013001)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310500720190013001)
Aclara Voto

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500720190013001)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 03-2019-00756-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **RAFAEL MOLINA BEJAR**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
PROTECCIÓN SA

ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES Y PROTECCIÓN SA) CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación por la parte demandada de la sentencia proferida por el Juzgado 03° Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de diciembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado MICHAEL CORTAZAR CAMELO con tarjeta profesional No. 289.256 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado (fl. 171).

El apoderado de la parte demandante (fls. 167 a 170), así como Colpensiones SA (fls. 172-173) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del

05 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Rafael Molina Bejar instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones y AFP Protección SA, debidamente sustentada como aparece en folios 2 al 94 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATORIAS

1. Que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por el Señor Rafael Molina Bejar, hacia la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA., al no haberle proporcionado dicha Administradora de Fondo de Pensiones una información suficiente, completa, clara y comprensible acerca de las implicaciones de su traslado omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA., incumpliendo con su deber de información y buen consejo.
2. Que se declare que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., incurrió en omisión en el deber de información que tienen las administradoras de Fondos de Pensiones con relación a la comunicación a la afiliada de todas las ventajas y desventajas que se tienen en cada uno de los regímenes Pensionales, que le hubiera garantizado al Demandante una decisión acertada consiente e informada.
3. Que se declare que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA., debe permitir y ordenar el traslado de las cotizaciones de Mi Poderdante del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.
4. Que se declare que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., debe enviar la totalidad del valor de los saldos que por aportes Pensionales se hayan consignado en dicho Fondo en la cuenta pensiona! individual de mi Mandante.
5. Que se declare que el Señor Rafael Molina Bejar, debe estar afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por la

Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones al cual cotizaba anterior al traslado en la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., sin solución de continuidad.

6. Que se declare que la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones debe aceptar la vinculación de mi Mandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.
7. Que se declare que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones debe activar la afiliación del Demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral y de cotizaciones
8. Que se declare que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA., y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, deben reconocer las determinaciones adoptadas por su Despacho en su facultad Ultra y Extra Patita.
9. Que se declare que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, deben ser condenadas en costas y agencias en derecho si se oponen a las pretensiones formuladas en la Demanda.

CONDENATORIAS

1. Que, como consecuencia de la omisión en la información, se condene a la Sociedad administradora de fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., como administradora de Pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliado el señor Rafael Molina Bejar, a la ineficacia del tránsito al régimen de ahorro individual con solidaridad.
2. Que, como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensiona!, se condene a la sociedad administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Protección S.A., al traslado de los aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.
3. Que se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a trasladar el valor de los saldos que por aportes Pensionales se encuentran consignados en la cuenta personal individual de mi mandante, a la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

4. Que, como consecuencia de dicho traslado se ordene o condene a la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a aceptar dichos aportes y a aceptar la migración o traslado del Señor Rafael Molina Bejar, al régimen de prima media con prestación definida.
5. Que, como consecuencia de dicho traslado se ordene o condene a la administradora colombiana de Pensiones - Colpensiones a reconocerla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 15 de febrero de 1982
6. Que se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a activar la afiliación de mi poderdante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad, y a actualizar su historia laboral y de cotizaciones.
7. Que se condene a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Protección SA (fls. 106 a 154) de acuerdo al auto admisorio del 19 de noviembre de 2019, se opone a las pretensiones del(a) demandante y propone excepciones de mérito, en el caso de Colpensiones se tuvo por no contestada la demanda (fl.159).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 03° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en Sentencia del 15 de diciembre del 2020, **DECLARÓ LA INEFICACIA** del traslado del demandante Rafael Molina Bejar del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para ese entonces por Colmena pensiones y cesantías SA, hoy Protección SA, realizado el 20 de agosto de 1998, así como los traslados horizontales posteriores para entender vinculado al Demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia **CONDENÓ** a la AFP Protección SA a trasladar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado del demandante Rafael Molina Bejar por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, conforme la parte motiva de la providencia. **ORDENÓ** a la administradora Colombiana de Pensiones

Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros que efectúe Protección SA para que proceda a activar la afiliación del Demandante Rafael Molina Bejar, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas en tiempo cotizado. **DECLARÓ NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva. **CONDENÓ EN COSTAS**, incluidas las agencias en derecho a la AFP Protección SA, las que se tasan en la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL (1´500.000) PESOS MCTE. Ordena remitir en Consulta de conformidad con el art 69 del CPT y SS.

No obstante lo anterior procede la Sala a resolver también el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada Protección SA presenta recurso de apelación:

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Se presenta recurso de apelación sustentado en solicitar a los honorables magistrados abstenerse de cumplir la sentencia proferida por el despacho solamente en lo concerniente a que el fondo no traslade los gastos de administración, los cuales se dividen en la comisión de la administración y el seguro previsional, toda vez que los gastos de administración están conformados en el art 20 ley 100 de 1993 y art 7 de la ley 797 de 2003, por ende está totalmente regulado, el hecho que el fondo traslade esos gastos hace que incurra en una situación indebida toda vez que estos aportes no incluyen la pensión de vejez, y lo que hace es empobrecer el patrimonio del fondo, esos aportes han sido descontados de manera mensual para garantizar la cobertura del afiliado, y esos aportes han sido descontados por una aseguradora que se constituye en un tercero de buena fe, por lo mismo esos dineros al pasar el tiempo también tiene una prescripción, se sustenta en lo anterior para que no se tengan que trasladar los gastos de administración, sino que se devuelva solo los aportes y réditos del afiliado sin los gastos de administración.

La parte demandada Colpensiones presenta recurso de apelación:

NULIDAD Y/O INEFICACIA

Interpone recurso de apelación frente a las pruebas que ya fueron realizadas dentro del proceso, a pesar de los criterios del despacho en el caso que no habían criterios suficientes para acreditar la responsabilidad en cabeza del demandante, pero si para endilgar responsabilidad a las AFP, no lo comparte, ya que para el apoderado si existe un catálogo amplio de material probatorio, los que el fondo hizo allegar en la oportunidad procesal, se hizo llegar interrogatorio de parte de las partes, por cuanto los anteriores son los elementos oportunos para ver cuáles fueron los elementos probatorios que llevaron al señor demandante a pasarse de régimen , la representante legal de la entidad y el señor Rafael rindieron estos interrogatorios, en el mismo el señor Rafael en dos ocasiones señaló que algo recuerda, es muy diferente a decir "recordar que me dijeron" a que la persona diga que no le dijeron o lo engañaron, la retórica es diferente en el empleamiento de la palabra de lo que recuerda que le dijeron a decir que no se le dijo, pero eso no se está mirando, a pesar del criterio del despacho en primera instancia, sobre no tener incidencia alguna el conocimiento del demandante, para el apoderado sí tiene validez para el negocio, por estar en el principio constitucional de la auto-tutela entendiendo que la persona que se pasó de régimen ya tenía 40 años y no era un impúber o púber o persona que no entendía el negocio jurídico, cuando es una persona capaz no se puede basar en la propia torpeza o ingenuidad o desconocimiento de las normas jurídicas para luego aprovecharse en su propio beneficio, por cuanto se señaló que la inconformidad viene porque se dio cuenta que la mesada era muy diferente, entendiendo que es distinto que el demandante no le guste algo, a manifestar que se le vulneró un derecho o que no se le informó, se mantuvo tan informado que en el interrogatorio de parte el demandante aseguró que incluso tuvo oportunidad de preguntar al asesor comercial, que preguntó y tuvo conocimiento, pero el despacho en primera instancia no lo tuvo en cuenta, por ende no se puede tratar a una persona capaz como incapaz para poder decidir en un negocio jurídico, porque entonces significa estar en contra de la dignidad humana, tratar una persona de manera diferente ante la ley hablaríamos de la dignidad humana, por igualdad material o igualdad formal, solicita evaluar lo anterior pues no encuentra elementos constitutivos de invalidez del negocio, por ende solicita revocar y validar el negocio.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el señor **Rafael Molina Bejar**; el día 20 de agosto de 1998 **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colmena SA el 20 de agosto de 1998, con efectividad a partir del 21 de agosto de 1998, ni el traslado posterior por fusión de las AFP Colmena con la AFP ING el 01 de abril del 2000 con efectividad de la misma fecha, para finalmente por fusión de ING a Protección SA quedar con este fondo privado, desde el día 31 de diciembre de 2012 con fecha de efectividad el mismo día (fl. 124).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el

de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- 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.*
3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
5- Que la actuación viciada de 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.
6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien

administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Protección SA aportó solicitud de vinculación del 20 de agosto de 1998, certificado SIAFP, contestación derecho de petición 25 de julio 2019, historia laboral, movimientos de cuenta de ahorro individual con rendimientos de Protección SA, historia laboral del Protección SA, políticas para asegurar y vincular personas a Protección, Concepto Superfinanciera, comunicado de prensa del año de gracia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de agosto de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 20 de agosto de 1998, el demandante tenía 318 semanas (fl. 90), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 22 de Octubre 1956 – fl. 85) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, eventualmente podría pensionarse en el RPM, (actualmente ha cotizado más de 1.027.85 semanas – fl. 90), sin embargo en el RAIS, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, en el caso que se tuviera el capital suficiente, la mesada sería mucho menor a la que alcanzaría en el RPM, y para obtener una mesada similar, tendría que efectuar cuantiosos aportes adicionales en el RAIS.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Protección SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por la apoderada de la demandada Protección SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración, conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado

por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor RAFAEL MOLINA BEJAR de Colpensiones a la AFP Colmena SA el 20 de agosto de 1998, con efectividad a partir del 21 de agosto de 1998, como el posterior traslado por fusión de las AFP Colmena con la AFP ING el 01 de abril del 2000 con efectividad de la misma fecha, para finalmente por fusión de ING a Protección SA quedar con este fondo privado, desde el día 31 de diciembre de 2012 con fecha de efectividad el mismo día.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA: Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes COLPENSIONES y PROTECCION SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el por el juzgado 03° Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de diciembre de 2020.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PROTECCIÓN SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500320190075601)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad 11001310500320190075601)
Aclaro Voto

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500320190075601)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 04-2020-00069-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **GRACIELA PARRA CORTES**

DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA

ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (PORVENIR SA Y COLPENSIONES)) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Protección SA y Porvenir SA) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 340), así como Colpensiones (fls. 344) y Porvenir SA (fl. 334) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 24 de Mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) GRACIELA PARRA CORTES instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contra AFP PORVENIR SA, debidamente sustentada como aparece a folios 1 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad del traslado de la señora GRACIELA PARRA CORTES del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada en octubre de 2002 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORRVENIR S.A.
2. Se declare la ineficacia del traslado realizado por la señora GRACIELA PARRA CORTES del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORRVENIR S.A. en octubre de 2002 y en consecuencia, la inoperancia de sus efectos.
3. Se declare como afiliación valida al sistema general de pensiones de la señora GRACIELA PARRA CORTES la efectuada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES.
4. Se Declare que la señora GRACIELA PARRA CORTES se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.
5. Se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORRVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los aportes realizados por la señora GRACIELA PARRA CORTES al régimen de ahorro individual con solidaridad.
6. Como consecuencia de lo anterior, ordena a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contabilizar para efector de pensión, las semanas cotizadas por la señora GRACIELA PARRA CORTES en el régimen de ahorro individual con solidaridad.
7. Que se profiera las condenas extra y ultra petita que la señora Juez considere pertinentes.
8. Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas del proceso

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: COLPENSIONES (fls.212-228), y PORVENIR SA (fls.83-108) de acuerdo al auto del 12 de Marzo de 2020. Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 04 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 8 de abril de 2021, **DECLARÓ** la **NULIDAD** o **INEFICACIA** de la afiliación que hiciera la demandante GRACIELA PARRA CORTES al RAIS que en su caso administra La AFP **PORVENIR S.A.,** para tenerla válidamente afiliada a la administradora colombiana de pensiones **COLPENSIONES. CONDENO** a **PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración y comisiones. **ORDENO** a **COLPENSIONES** aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida. **DECLARO** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas**, CONDENÓ EN COSTAS** y **ORDENA REMITIR EN CONSULTA** en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Se interpone recurso de apelación haciendo claridad que se apartan de la decisión proferida por el despacho teniendo en cuenta que en el proceso se ha probado que se cumple con los requisitos del art 114 de la ley 100 de 1993 donde el traslado se hizo con la libre voluntad de la demandante tal y como se confesó en la declaración de parte, de esa misma manera no se evidencia ningún tipo de acto que conllevara que la demandante tuviera algún tipo de coerción y todo lo contrario fue libre para que ella escogiera el régimen en el que ella quisiera estar, se cumplió a cabalidad con todo los supuestos del art 13 y 14 de la ley 100 de 1993, se aparta de la ineficacia del despacho, ya que se basaron de las ineficacias del art 271, donde se exige ese acto atentatorio contra el libre derecho a la elección por parte de los afiliados y manifiesta que aquí no existió ningún acto doloso y no se demostró ni se logró probar, a pesar que el despacho funda su decisión en la omisión de la información y el deber de información, el punto que se ataca es que para el año 2002 la única normatividad existente era el decreto 663 de año 93 en su art 97 donde solo se señalaba que se le debía brindar al potencial afiliado la información

necesaria, y la misma sentencia deja prueba de ello que se brindó la información toda vez que no existía información adicional que se exigiera para la época, para sustenta ahora que se debe exigirle al fondo probatoriamente la información que se le suministró a la demandante, sustenta que su permanencia en el fondo de ahorro individual por tanto tiempo es una prueba de su interés de continuar en él y ratifica su voluntad, cita conforme a las reglas del art 897 y 898 del código de comercio que al tratarse de un acto de carácter comercial el acto fue eficaz, que desde luego se está partiendo de esa premisa que la decisión fue una decisión libre de la demandante por ende no debió aplicársele la ineficacia del acto de traslado, no puede desconocerse que la persona si bien no era conocedora de las normas de seguridad social no por ello necesariamente podría inferir que desconocía la ley sustentando que "la ignorancia de la ley no es excusa", trae a colación que con la modificación del año 2003 los fondos de pensiones, todos, se realizaba por parte de ellos un aporte de información general, por ejemplo manifiesta que por parte de PORVENIR SA se dio una comunicación a todos sus afiliados, de tal manera que sobre el año de gracia que se facilitó legalmente para que se cambiaran de régimen según en el cual quisieran estar fue en ese entonces donde podían retornar al régimen de prima media que en ese entonces era el ISS, manifiesta que ese anuncio fue publicado por prensa, en el cual se denota que todos los afiliados tenían conocimiento, y no eran especialistas en conocimientos en seguridad social pero se podía conocer plenamente las características para volver, ahora bien la parte sustenta que frente al Decreto 663 que se trajo a colación para ese deber de información que se debía realizar, era una información que se brindaba para ese momento, y fue lo que se hizo desde luego bajo el contexto que se desconocía por los afiliados precisamente lo relacionado con el régimen al que se estaba trasladando, resalta que es esencial que en efecto las consecuencias jurídicas de desconocer las condiciones del régimen de prima media del que se trasladaba se llevaría a la misma omisión del deber de información, por ende las consecuencias serían idénticas.

GASTOS DE ADMINSTRACIÓN

La parte de PORVENIR SA, resalta así mismo que en la sentencia también se ataca las restituciones mutuas del art 1746 y 1747 del código civil, manifiesta que conforme precisamente a lo arreglado de la jurisprudencia por la honorable sala se aplica ese régimen de nulidades a la jurisdicción laboral en el art 1746, es decir las restituciones mutuas donde se habla de devolver las cosas al estado en el que estaban antes de que se firmara ese acto jurídico, por ende no solo debe aplicarse de forma individual sino de manera conjunta, sustenta que esto trae a colación que

el órgano de cierre es decir la corte Suprema de Justica en sala civil en sentencia de agosto del año 2014 del magistrado ponente Arturo Solarte con rad 25307, ha señalado lo siguiente " *es patente entonces que el tribunal erró en el la interpretación del art 1747 del código civil y que como consecuencia de ese yerro no hizo actuar el art 964 ibidem, de no haber cometido ese desatino, el ahora demandado al ser parte de buena fe no puede ser condenado en todo, revisada por la corte, está obligado a restituir únicamente los frutos con posterioridad a la notificación del auto admisorio de la demanda porque solo a partir de ese momento está sometido al régimen*" en el art 964 determina paralelamente que la restitución de frutos para la aplicación propia en materia vienen siendo los rendimientos financieros, es la misma normatividad donde pone ese instante a partir de cuándo se deben devolver los réditos basándose en el tercero de buena fe, reitera que en esa restitución no se logró demostrar la mala fe y la buena fe se presume, por ende esos rendimientos debían devolverse a partir del acto de notificación de la demanda por ser un poseedor de buena fe, es decir PORVENIR SA era esa parte tercera de buena fe, y no se debe exigir devolver desde el mismo inicio es decir con efectos extunc, cuando está dicho que no se logra demostrar la mala fe, el art 113 de la ley 100 de 1993 en su literal b dice que cuando hay un retorno del RPM al RAIS no se señalan emolumentos adicionales por ende los gastos de administración obedece a un mandato del legislador, donde el 3% va con destinación específica, por ende si se devolviera ese dinero empobrecería al fondo, se solicita la revocatoria total de la sentencia del despacho por las anteriores razones sustentadas.

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

Se interpone recurso de apelación para que la sala laboral absuelva al fondo, toda vez que no existió un error de hecho sino de derecho y fue subsanado por la voluntad que se plasmó al momento de inscribirse en el formulario, la firma fue de manera libre sin que se ejerciera ningún tipo de presión por lo cual fue la afiliada quien cedió su voluntad para pertenecer al régimen de ahorro individual y de permanecer en dicho régimen, se pide tener en cuenta que la afiliada se encuentra inmersa en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e de la ley 100 de 1993, la demandante solicitó el traslado cuando ya tenía 54 años de edad pasando por alto el requisito de los 10 años para solicitar el traslado, más aun teniendo en cuenta la edad para acceder al derecho pensional, adicional a lo anterior se vería afectada la sostenibilidad y equilibrio del sistema en el sentido en que la cotización en uno u otro régimen varia por ende se afecta los intereses de

Colpensiones, Por lo anterior solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a la representada.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP AFP PORVENIR SA efectuado por el (la) señora **GRACIELA PARRA CORTES** el día 2 de Agosto de 2002; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP PROTECCION SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR SA el 2 de Agosto de 2002, con efectividad a partir del 1º de Octubre de 2002 (Fl.198)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el

consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de

considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- 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.*
3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
5- Que la actuación viciada de 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.
6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos

financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó el expediente administrativo del demandante. PORVENIR SA aportó: historia laboral, certificado de asofondos SIAFP, formulario de afiliación (2002), certificado de afiliación expedida por Porvenir, constancia de publicación diario El Tiempo y concepto de la Superfinanciera.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 de Agosto de 2002, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 02 de Agosto de 2002, la demandante tenía 627 semanas (fl. 150), por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 23 de Septiembre de 1967 – fl. 21) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad podría pensionarse en el año 2024 en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.552 semanas – fl. 150), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117

de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Porvenir SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente

sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de las demandada PORVENIR SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social del demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido la AFP deberá realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos de administración, conforme lo indicó el Juez de instancia, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Se confirma.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **GRACIELA PARRA CORTES** del ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la AFP PORVENIR SA el 02 de Agosto de 2002

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso a los apelantes PORVENIR SA y PROTECCION SA, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 08 de abril de 2021 por el juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (COLPENSIONES y PORVENIR SA) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310500420200006901)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310500420200006901)
Aclaro Voto!

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500420200006901)

0

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 15-2019-00304-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **LUZ STELLA GOMEZ BAYONA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP COLFONDOS SA
AFP OLD MUTUAL

ASUNTO: **CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de Consulta de la sentencia proferida por el Juzgado 15 laboral del Circuito de Bogotá el día 01 de febrero de 2021, en atención a lo dispuesto en el el art.69 del CPT y la SS.

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con tarjeta profesional No. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para todos los efectos del poder allegado (fl278).

El apoderado de la parte demandante (fl. 281 a 287), así como Colpensiones (Fl. 271-277) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 8 de Marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) LUZ STELLA GOMEZ BAYONA instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, AFP OLD MUTUAL SA y AFP Colfondos SA, como aparece a folios 4 con subsanación de demanda en el folio 107, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la ineficacia de del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la señora Luz Stella Gómez Bayona hacia Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al no haberle proporcionado dicha administradora de fondos de pensiones una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debían asumir, así como de las desventajas de vincularse a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, incumpliendo con su deber de buen consejo.
2. Que se declare que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y OLD MUTUAL Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. incurrieron en omisión en el deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que se tienen en cada uno de los regímenes pensionales.
3. Que se declare que la señora Luz Stella Gómez Bayona debe estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida.
4. Que como consecuencia de la omisión en la información se condene a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a OLD MUTUAL Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. como administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliada la señora Luz Stella Gómez Bayona, a la ineficacia del tránsito al régimen de ahorro individual con solidaridad.
5. Que como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, se condene a OLD MUTUAL Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. al traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual a Colpensiones.
6. Que como consecuencia de dicho traslado se condene a Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrar a la señora Luz Stella Gómez Bayona como su afiliada sin solución de continuidad desde el 12 de julio de 1990.
7. Que se condene a las entidades demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: OLD MUTUAL SA (fls.185), Colfondos SA (fls.224) Y Colpensiones (fl228) de acuerdo al auto del 24 de octubre de 2019. OLD MUTUAL S.A. se opone a las pretensiones del (a) demandante y propone excepciones de mérito y de fondo, Colfondos se allana a las pretensiones y Colpensiones se opone a las pretensiones del(a) demandante y se proponen excepciones de fondo.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 1 de febrero de 2021, **DECLARÓ** la **INEFICACIA** de la afiliación efectuado por la señora demandante **LUZ STELLA GOMEZ BAYONA** el día 1 de junio de 1999 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la administradora **COLFONDOS SA** y como consecuencia de lo anterior ordenar al fondo **OLD MUTUAL** donde actualmente se encuentra afiliada traslade los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual a **COLPENSIONES**, a esta que reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como sí nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual dada la declaratoria de esta ineficacia. **NO CONDENÓ EN COSTAS** y **ORDENA REMITIR EN CONSULTA** en los términos del artículo 69 CPT y de la SS.

CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) señora **LUZ STELLA GOMEZ BAYONA** el día 1 de Junio de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP OLD MUTUAL SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que él (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA el 01 de Junio de 1999 (fl 75) y posteriormente se trasladó de AFP Colfondos SA a la AFP OLD MUTUAL el 10 de noviembre de 2011 (fl201).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos de razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
2- 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.

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de 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.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante, OLD MUTUAL SA aportó formulario de afiliación, historia laboral consolidada, el estado de cuenta a 5 de diciembre y documento bono pensional.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de Junio de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una

pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Claramente para el momento del traslado 01 de Junio de 1999, la demandante tenía 278,43 semanas (fl. 205) , por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 19 de Junio de 1967 – fl. 21) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años podría pensionarse en el RPM, (Actualmente ha cotizado más de 1.319,86 semanas – fl. 205), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata,

de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo la AFP Colfondos SA.

De igual manera Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora LUZ STELLA GOMEZ BAYONA del ISS hoy Colpensiones a la AFP Colfondos SA el 01 de junio de 1999.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia por estarse conociendo el grado jurisdiccional de Consulta.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01de febrero de 2021 por el juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310501520190030401)

DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 11001310501520190030401)

Aclaro Voto

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310501520190030401)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No 35-2017-00380-02

Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **JULIO CESAR MEDINA ARIAS**

DEMANDADO: **SEGPRI SECURITY LTDA**

ASUNTO: **APELACIÓN (DEMANDANTE -DEMANDADA)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de octubre de 2019, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 3 a 7) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JULIO CESAR MEDINA ARIAS** instauró demanda ordinaria laboral contra del **SEGPRI SECURITY LTDA**, debidamente sustentada como aparece a folios 3 a 9 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la existencia entre las partes de un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 28 de marzo de 2013 al 25 de abril de 2017, para desempeñar el cargo de Guarda de Seguridad, devengando una suma mensual de $1.050.000, que se dio por terminado sin de forma unilateral y sin justa causa.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de los salarios, auxilio de trasporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio y vacaciones adeudadas a la terminación del contrato de trabajo.
3. A pagar la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del CST.
4. Al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 CST.
5. Al pago de la sanción moratoria por la no consignación de cesantías a fondo.
6. Al pago de la reliquidación de los aportes a salud, pensión y parafiscales causados y no pagados en debida forma durante todo el vínculo laboral con sus respectivos intereses de mora.
7. A lo que resulte probado ultra y extra petita.
8. A las costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias solicitó:

1. Que se declare que todas las sumas reconocidas deben estar debidamente indexadas.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las sumas reconocidas debidamente indexadas.

Mediante auto del 20 de febrero de 2018, se tuvo por no contestada la demandada a la accionada **SEGPRI SECURITY LTDA**., decisión que fue confirmada por esta corporación en decisión del 28 de junio de 2018. (Fl. 98 y 115)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 17 de octubre de 2019, **CONDENÓ** a la demandada SEGPRI SECURITY LTDA, a pagar al demandante la suma de $768.350.00 por concepto de salario y auxilio de

trasporte del mes de abril de 1997, la suma de $2.558.584 por concepto de indemnización por despido sin justa causa; $ $1.757.976 por cesantías, $328.782 por intereses a las cesantías, $10.472.000 por concepto de indemnización por no consignación de cesantías, $328.782 por concepto de sanción por el no pago de intereses al as cesantías, $1.524.488 por vacaciones y $3.048..976 por prima de servicios. **ABSOLVIÓ** a la demandada de las restantes pretensiones incoada en su contra por el demandante. **CONDENÓ** en costas a la parte demandada incluyendo como agencias en derecho la suma de $1.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA:** Para el recurrente procedía el pago de la indemnización moratoria reclamada, por el no pago de la liquidación final y del salario del mes de abril de 2017, por cuanto se acredita mala fe en su actuar en cuanto a la cohesión ejercida sobre el trabajador para que firmara el acuerdo so pena de iniciar las accione penales, sin que demostrara en el proceso que su omisión en el pago estuviera revestida de buena fe.

La **parte demandada** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA**: para la demandada con el acta de descargos obrante en el expediente, se acredita la causal de despido del trabajador, pues si bien no se mencionaba expresamente en la carta de despido, de los documentos relacionados se podía inferir los motivos del despido para la terminación del contrato, debiendo tenerse en cuenta tanto el acta de descargos como el acta de despido, para validar las casuales de la terminación del contrato.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

No fue objeto expreso de inconformidad en el recurso, la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes vigente entre el 28 de marzo de 2013 al 25 de abril de 2017, el cargo desempeñado por el demandante, ni las prestaciones condenadas correspondientes al salario del último mes, así como las prestaciones sociales y vacaciones causadas durante el todo el vínculo laboral.

Tampoco lo fue, el hecho de que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral aludiendo una justa causa, conforme lo indicado en la carta de terminación del contrato de trabajo visible a folio 17.

En tal sentido, el problema jurídico en esta instancia se centra en determinar si 1. Procede el reconocimiento e la indemnización por despido sin justa causa, o si cómo lo indica la demandada de las pruebas allegadas se acreditan las razones que motivaron tal decisión, y 2. Si procede el reconocimiento de la sanción moratoria, por el no pago de salarios y prestaciones al término de la relación laboral.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Respecto a la procedencia de la indemnización por despido injusto, de conformidad con las causales expresamente previstas en los artículos 62 y 63 del C.S.T., modificados por el Decreto 2351 de 1965, artículo 7°, debe recordarse que, frente a este tipo especial de indemnización, corresponde al demandante probar el acaecimiento del despido y a la parte demandada, la carga de demostrar que efectivamente se configuraron los supuestos fácticos que dieron origen a la causal del despido justificado.

Así el numeral 6 del artículo 62 del C.S.T. señala que el contrato de trabajo se puede terminar por justa causa por "Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos."

La jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, en sentencias como la de 28 de agosto de 2012, de radicado 38855 del 28 de agosto de 2012, que en el primer caso la gravedad de la falta debe ser calificada por un juez, y en el segundo caso la gravedad de la falta es calificada o determinada por las partes del contrato de trabajo, o en el reglamento de trabajo, entre otros.

Igualmente, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 62 del CST, "la *parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos"*

Sobre el particular, la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia reciente de radicación SL363- de 2021, reiteró:

> ***"i) Desconocimiento del parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.***
>
> *En materia de despidos, gravita sobre el trabajador la carga de demostrar que ello acaeció, y al empleador, la de probar que la terminación del contrato se fundó en las justas causas invocadas (CSJ SL592-2014; CSJ SL17728-2016).*
>
> *En este punto, conviene recordar, que lo manifestado en la carta de despido constituye el motivo de la decisión para finiquitar la relación laboral, el cual, por sí solo, no convalida la justificación allí plasmada, pues es necesario que las imputaciones al trabajador estén probadas (CSJ SL, 26 ago. 2008, rad. 33535).*
>
> *Ahora, independientemente de la veracidad o no de las causales de terminación del contrato de trabajo que se aduzcan, lo cierto es que, al tenor del parágrafo del artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, «La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos».*

En tal sentido, revisada la comunicación remitida al demandante el 25 de abril de 2017, en la misma expresamente se señala:

> *"Una vez revisado su contrato laboral con la compañía las obligaciones que de él se desprenden los descargos adjuntos y la falta de compromiso para cumplir sus laborales con responsabilidad; se da por terminado su contrato laboral con justa causa con fecha de terminación el 25 de abril de 2017".*

En el presente asunto, alude la demandada en su recurso, que la terminación del contrato de trabajo obedeció a los incumplimientos del trabajador de sus funciones, específicamente respecto de un hurto acaecido en la copropiedad donde prestaba sus servicios como guarda de seguridad.

No obstante, revisada la prueba allegada, advierte la Sala que la demandada no dio cumplimiento a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 62 del CST, pues si bien se indica que se da por terminado el contrato laboral con justa causa, no se relacionan las razones por las cuales dispuso finalizar el vínculo.

Si bien en el escrito se hace relación a los descargos adjuntos, que solicita la demandada se tengan en cuenta a pesar de que se dio por no contestada la demanda mediante auto del 20 de febrero de 2018, ante su omisión de no subsanar el escrito presentado, debe precisarse que aún cuando en aplicación de lo dispuesto en el artículo 84 de del CPT y SS[1] se tuviera en cuenta la documental allegada inoportunamente en primera instancia, lo cierto que la obrante a folios 45 a 50, relacionada con el llamado de atención No. 2 del 21 de abril de 2017 los descargos rendidos por el trabajador el 15 de marzo y el 22 de abril de 2017, no suplen dicha obligación, por cuando los mismos se relacionan con diversas situaciones como la no asistencia al lugar de trabajo, el no registro de los visitantes en el libro respectivo y el hurto a un apartamento del edificio donde prestaba sus servicios, lo que no permite establecer fehacientemente cuáles son los hechos o motivos que se endilgan como justa causa para la terminación del contrato de trabajo.

De tal suerte, que al omitir el empleador la obligación de manifestar al trabajador al momento de la extinción del contrato, las causales o motivos de dicha determinación, resulta procedente el reconocimiento de la indemnización por despido prevista en el artículo 64 del CST, en los términos y la cuantía establecida por el A-quo, que no fue objeto expreso de la alzada.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El juez de instancia absolvió de la indemnización moratoria reclamada, por considerar que existía un acuerdo un acuerdo entre el empleador y el trabajador, de

[1] **ARTICULO 84. CONSIDERACIÓN DE PRUEBAS AGREGADAS INOPORTUNAMENTE.** Las pruebas pedidas en tiempo, en la primera instancia, practicadas o agregadas inoportunamente, servirán para ser consideradas por el superior cuando los autos lleguen a su estudio por apelación o consulta.

esperar que se efectuara el pago de las prestaciones hasta el momento en que se aclarara la situación la situación del hurto.

Por su parte el demandante, manifiesta que la conducta del empleador no estuvo revestida de buena fe, y que por el contrario se acreditaba que la cohesión ejercida sobre el trabajador para que suscribiera dicho acuerdo.

En ese sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012), lo que quiere decir que la sanción prevista en el artículo 65 del CST, procede si el empleador demandado no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En esa dirección, debe examinarse el comportamiento asumido por el empleador incumplido, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente, *"en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables"* (CSJ SL12547-2017).

Así las cosas, revisada la prueba aportada al proceso, incluso la documental allegada con la contestación de la demanda en virtud de lo dispuesto en el artículo 84 del CPT y SS, anteriormente citado, como es el caso de la comunicación suscrita por el trabajador el 21 de abril de 2017, en el que señala que autoriza a la empresa demandada para que no efectúe el pago de su liquidación, hasta tanto no se aclarara el tema del robo visible a folio 40, reiterado en comunicación del 28 de junio

de 2017 obrante a folio 42, considera la Sala que la decisión del A-quo se encuentra ajustada a derecho, en tanto no se advierte mala fe en la conducta de la demandada, pues revisados los hechos de la demanda, no se alude como si lo hace en el recurso, que se hubiese coaccionado al trabajador para suscribir dicho escrito, o que realmente no corresponda a un acuerdo entre las partes. Así mismo, no se evidencia que el empleador, tuviese la intención de desconocer los derechos del trabajador, que de lugar a imponer la sanción pretendida.

En consecuencia, se confirmará la decisión del A-QUO sobre tal punto.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

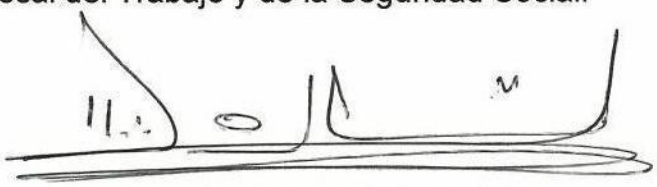
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019, por el Juzgado 32º Laboral del Circuito de Bogotá.

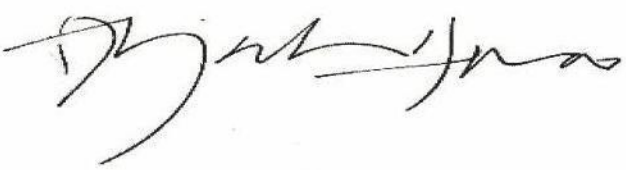
SEGUNDO: COSTAS Sin costas en la instancia.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310535-2017-00380-02)



DAVID A. J. CORREA STEER
(Rad. 110013105035-2019-00380-02)



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310535201900380002)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación 2021-00702-01

Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE:		**ADRIANA GISELA TENGONO LOZADA**
DEMANDADO:		**MEDIMAS EPS**
		CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACIÓN
ASUNTO	**:**	**APELACIÓN (Demandada CAFESALUD EPS SA)**

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral en audiencia pública a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por la demandada CAFESALUD EPS SA, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 04 de mayo de 2020.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La señora ADRIANA GISELA TENGONO LOZADA, obrando a nombre propio, presento ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** en contra de CAFESALUD EPS y MEDIMAS EPS SA, en desarrollo de su función jurisdiccional, solicitud de pago del excedente de la licencia de maternidad por la suma de $3.780.027.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que se encuentra afiliada a MEDIMAS EPS como cotizante desde el 1º de agosto de 2017, siendo asignada a ésta EPS por la venta de CAFESALUD EPS –C a la cual se encontraba anteriormente afiliada desde el 1º de diciembre de 2015 hasta la fecha de su venta. Que el 16 de abril de 2017 dio luz a su hija, con 37 semanas de gestación, siendo concedida incapacidad de 126 días por su médico tratante desde el 16 de abril de 2017 hasta el 19 de agosto de 2017. Que radicó autorización No. 734750004 en la sede principal de CAFESALUD de Pitalito, correspondiente al mes de abril de 2017 y que correspondía al primer pago por valor de $759.505, la cual fue pagada el 28 de junio de 2017. El 12 de junio de 2017 radicó en La Plata – Huila la liquidación del mes de mayo de 2017, correspondiente al segundo pago por valor de $1.519.011, la cual recibió el pago el 8 de septiembre de 2017. Que el 12 de julio de 2017 radicó autorización en la sede La Plata – Huila de CAFESALUD la liquidación del mes de junio de 2017, correspondiente al tercer pago por valor de $1.519.011, a la fecha no ha recibido la compensación económica. Que en el mes de agosto no le recibieron documentación alguna respecto de la liquidación del mes de julio, manifestando que debía comunicarse con CAFESALUD, ya que ellos eran MEDIMAS, sin darle algún tipo de información adicional para seguir radicando las cuentas de cobro correspondiente a los meses julio, agosto y septiembre. Que intentó comunicarse directamente a la línea de atención sin obtener respuesta, así mismo remitió vía correo certificado la información correspondiente a la solicitud del pago de la liquidación, pero dichos correos fueron devueltos por la empresa de mensajería bajo el argumento que en la dirección no le quisiera recibir el sobre.

Teniendo en cuenta el anterior cálculo, indica que de conformidad con el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 25 de octubre de 2017, mediante el cual decreta medida cautelar de urgencia, ordenando a MEDIMAS EPS efectuar el pago de las incapacidad reconocidas por CAFESALUD previamente liquidadas, sin exigir trámites adicionales a los usuarios. Que la actora ha tenido que afrontar una serie de dificultades económicas teniendo en cuenta que a finales del mes de mayo tuvo que cambiar de Municipio de residencia por calamidad familiar que le ha impedido continuar con sus actividades laborales ordinarias que desarrollaba en el Municipio de Pitalito.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, mediante providencia del 04 de mayo de 2020, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, decidió **ACCEDER** a las pretensiones de la demanda presentada por ADRIANA GISELA TENGONO LOZADA, en contra de CAFESALUD EPS/ MEDIMAS EPS SAS. **ORDENÓ** a CAFESALUD EPS pagar la suma de $1.569.606 con las actualizaciones monetarias correspondientes, a favor de la señora ADRIANA GISELA TENGONO LOZADA dentro de los 5 días a la ejecutoria de la providencia. **ORDENÓ** a MEDIMAS EPS a pagar la suma de $1.012.667 con las actualizaciones monetarias correspondientes, a favor de ADRIANA GISELA TENGONO LOZADA dentro de los 5 días a la ejecutoria de la providencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación, la demandada CAFESALUD EPS SA EN LIQUIDACIÓN interpuso recurso de apelación, indicando en primer lugar que la licencia de maternidad de la ex afiliada ADRIANA GISELA TENGONO LOZADA se encontraba reconocida y liquidada por un valor de $5.316.538, sin embargo, la Superintendencia de Salud re-liquidó la licencia de maternidad y ordenó pagar a CAFESALUD EPS la suma de $5.367.133, comprendido al periodo comprendido entre el 16 de abril al 31 de julio de 2017, presentándose una diferencia de $50.595, diferencia que se presenta puesto que en la liquidación inicial se realizó sin tener en cuenta el incremento del 8,5% por cotizar de manera independiente. Que CAFESALUD EPS realizó un pago parcial de $3.797.527.

Teniendo en cuenta lo anterior, señala que se tiene pendiente un pago por valor de $1.569.606, y para que se lleve a cabo dicho pago, la demandante debe presentar la acreencia ante la liquidación de CAFESALUD para que su pago se lleve a cabo en el marco de la normatividad legal aplicable al proceso liquidatorio, toda vez que mediante Resolución No 007172 del 22 de julio de 2019, se ordenó la liquidación de CAFESALUD EPS SA, proceso que inició el 5 de agosto de 2019.

Así las cosas, en atención que el proceso liquidatorio es un procedimiento reglado, especial y preferente, el cual debe velar por la protección del principio de igualdad que debe prevalecer entre los acreedores, solicita ordenar a la demandante se haga parte del proceso liquidatorio, radicando su acreencia, de acuerdo con los formatos

establecidos para ello y que se encuentran en la página web de la pasiva (fl. 46 y 47).

II. COMPETENCIA

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para conocer y fallar en derecho, en primera y única instancia, con carácter definitivo con las facultades propias de un juez. Así mismo. Establece que el recurso de apelación ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.

En consecuencia, corresponde a la Sala Laboral de esta corporación el pronunciarse sobre la azada, de acuerdo a las siguientes:

III. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

La señora ADRIANA GISELA TENGONO LOZADA, actuando a nombre propio, acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se ordenara el pago del excedente de la licencia de maternidad expedida a favor de la actora.

Proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN:

La accionada CAFÉ SALUD EPS EN LIQUIDACIÓN solicita se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar se ordene a la demandante se haga parte del proceso liquidatorio, radicando su acreencia, de acuerdo con los formatos establecidos para ello y que se encuentran en la página web de la pasiva, teniendo en cuenta el proceso liquidatorio de CAFESALUD, el cual es un procedimiento reglado, especial y preferente, el cual debe velar por la protección del principio de igualdad que debe prevalecer entre los acreedores, conforme la Resolución 007172 del 22 de julio de 2019 ordenó la liquidación de CAFESALUD EPS SA proceso que inició el día 5 de agosto de 2019.

Así pues, el 05 de julio de 2017, CAFESALUD E.P.S. solicitó la aprobación de un plan de reorganización institucional, el que fue aprobado mediante la Resolución

2426 del 19 de julio 2017, acto administrativo a través del que se aprobó la cesión de activos, pasivos, y contratos referidos a la prestación del servicio de salud, así como de afiliados, de CAFESALUD E.P.S. a MEDIMAS E.P.S.

Posteriormente, el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado 25000234100020160131400, que MEDIMAS E.P.S. prestara la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales.

Mediante la Resolución N° 007172 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar CAFESALUD E.P.S., por el término de dos años.

En ese orden de ideas, se concluye que CAFESALUD E.P.S. aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es procedente a través de esta acción el reconocimiento y pago de las incapacidades objeto de controversia, dado que, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatario, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo, quedando en cabeza de CAFESALUD E.P.S. el pago de incapacidades anteriores al 01 de agosto de 2017, despachando el primer punto de inconformidad del recurrente.

Liquidación de la licencia de maternidad y saldo a pagar:

Ahora bien, señala el recurrente que CAFESALUD había reconocido una licencia de maternidad por valor de $5.316.538, así mismo que CAFESALUD EPS realizó un pago parcial de $3.797.527, quedando pendiente un pago por valor de $1.569.606, por lo que no entiende en la decisión de primera instancia, en cuanto re-liquida el valor de la licencia, cuando previamente existía un valor liquidado y aceptado por las partes.

A efectos de resolver los motivos de inconformidad planteados, corresponde a la Sala comenzar por indicar que no fue objeto de discusión en el presente asunto que la señora ADRIANA GISELA TENGONO LOZADA se encontraba afiliada a CAFESALUD EPS SA en calidad de cotizante independiente al Sistema de Salud hasta el 30 de julio de 2017, siendo efectivo el traslado a la EPS MEDIMAS a partir del 1 de agosto de 2017. Así mismo, que en vigencia de la afiliación en calidad de cotizante a CAFESALUD EPS, a la señora ADRIANA GISELA TENGONO LOZADA le fue expedida licencia de maternidad el 16 de abril al 19 de agosto de 2017, por un total de 126 días. Que CAFESALUD reconoció la licencia de maternidad a favor de la demandante, por lo que no existe duda en el cumplimiento de los requisitos.

No puede perderse de vista que en lo que respecta a la causación para el pago de la licencia de maternidad a cargo de la EPS, configura para la actora un derecho adquirido frente al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la misma, toda vez que constituye una expectativa de pago a favor de la trabajadora, y que durante el periodo de gestación, guardó cuidado en el pago de sus aportes de manera completa y oportuna, lo que quiere decir que, la afiliada cumple con los pagos de sus aportes, no puede esperar nada distinto a gozar del beneficio que el SGSSS le otorga.
No obstante lo anterior, la licencia de maternidad objeto del presente asunto no fue pagada en su totalidad a la señora ADRIANA GISELA TENGONO LOZADA, quedando un saldo correspondiente al último pago que debía realizarse en el mes de agosto de 2017.

En ese orden de ideas, no cabe asomo de duda respecto del valor al cual asciende la incapacidad a favor de la actora, como quiera que a folios 12 a 16 reposa liquidación de la misma expedida por CAFESALUD EPS, la cual fue aportada por la demandante y no fue desconocida por la accionada, por el contrario, aceptó en los hechos de su contestación que la licencia ascendía a dichos valores, así las cosas, dicha documental arroja los siguientes conceptos y valores:

MES LICENCIA MATERNIDAD	VALOR
16/04/2017 – 30/04/2017	$759.505
01/05/2017 – 31/05/2017	$1.519.011
01/06/2017 – 30/06/2017	$1.519.011
01/07/2017 – 31/07/2017	$1.519.011

01/08/2017 – 19/08/2017	$1.063.308
TOTAL	**$6.379.846**

Ahora, también probado, que la demandante recibió por parte de la demandada CAFESALUD EPS la suma de **$3.797.527** por concepto de pago parcial de la licencia de maternidad correspondiente a los meses mayo a junio de 2017, tal y como lo manifiesta tanto la demandante, como CAFESALUD SA en cada uno de sus escritos.

Así pues, debe precisarse que del total de la licencia de maternidad adeudada a la aquí demandante por valor de $6.379.846 correspondía el pago a cargo de CAFESALUD EPS el equivalente a **84,12%** correspondientes a 106 días, esto es, desde el 16 de abril de 2017 al 31 de julio de 2017, y a MEDIMAS EPS el equivalente a **15,88%** correspondiente a 20 días, desde el 1 de agosto de 2017 al 19 de agosto de 2017.

Aclarado lo anterior, el 84,12% del total de la licencia de maternidad que asciende a la suma de $6.379.846, y que tiene a su cargo la EPS CAFESALUD, asciende a la suma de $5.366.726,46 contrario a lo afirmado por el recurrente, y que al restarle la suma de $3.797.527, que fue cancelado a la demandante por los meses mayo a junio de 2017, arroja un saldo a su cargo de $1.568.880,46, esto es, una diferencia de $725 pesos a la calculada en primera instancia, la cual resulta irrisoria a efectos de modificar la decisión de primera instancia.

Igualmente, al realizar el cálculo a cargo de MEDIMAS EPS, se tiene que el 15,88% del total de la licencia de maternidad que asciende a la suma de $6.379.846, y que tiene a su cargo la EPS MEDIMAS, asciende a la suma de $1.013.119,54, esto es, una diferencia de $452 pesos con la liquidada en primera instancia, la cual también resulta irrisoria a efectos de modificar la decisión de primera instancia.

Así pues, se despacharán desfavorablemente las súplicas incoadas por el apoderado de la demandada CAFESALUD EPS, concluyendo que los argumentos expuestos son suficientes para **CONFIRMAR** la determinación adoptada por el operador judicial de primer grado.

COSTAS. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR de la decisión proferida en primera instancia el 4 de mayo de 2020, por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO. NO CONDENAR en costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación 2020-00709-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE:	**DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**
DEMANDADO:	**NUEVA EPS SA**
ASUNTO :	**APELACIÓN (Demandante)**

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral en audiencia pública a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 4 de mayo de 2020.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES,** obrando por intermedio de apoderado judicial, presento ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en desarrollo de su función jurisdiccional, solicitud de reconocimiento y pago por parte de la **NUEVA EPS**, de la incapacidad general de manera completa por la suma de $22.969 correspondiente al valor de la diferencia

cancelada por la UAE – DIAN, y la cancelada por la EPS, más los intereses moratorios generados desde la fecha del pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que la servidora pública ELIZABETH DELGADO ESTACIO, presta sus servicios para la entidad desde el 1 de abril de 1994, desempeñando el cargo de Gestor II Código 302 en la división de gestión administrativa y financiera de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura – Nivel Local, afiliada a la NUEVA EPS. Que en uso de los servicios médicos prestados por la EPS, le fue generada una licencia por enfermedad general del 10 de junio de 2014 al 13 de junio de 2014, por el término de 4 días. Que la NUEVA EPS mediante transferencia electrónica a la cuenta del Tesoro Nacional, realizó un pago por valor de $91.653 por la incapacidad otorgada a la señora ELIZABETH DELGADO ESTACIO, quedando por pagar un saldo de $22.969 más los intereses de mora (fl. 1).

Admitida la solicitud (fl. 24) y corrido su traslado, la accionada NUEVA EPS se opuso a la pretensiones, indicando que no se encuentran reunidos los presupuestos legales vigentes para el reconocimiento y pago del reembolso del presente asunto.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, mediante providencia del 4 de mayo de 2020, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, resolvió NO ACCEDER las pretensiones presentadas por la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, señalando que de conformidad con el Artículo o del Decreto 1848 de 1969, el reconocimiento de las prestaciones económicas se liquidan con el salario al momento de dar inicio la incapacidad o licencia, y no con el IBC.

No obstante lo anterior, si bien el demandante allegó los comprobantes de pago de nómina de los meses mayo, noviembre y diciembre de 2015, los cuales no corresponden a la vigencia en la cual se dio la incapacidad, en este sentido no es posible establecer el salario devengado por la señora ELIZABETH DELGADO ESTACIO, para el momento en que se dio la incapacidad (fls.51 a 54).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación, el apoderado de la actora DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, solicitando se revocara la decisión y en su lugar se ordene el pago de la totalidad de la incapacidad cancelada a la funcionaria ELIZABETH DELGADO ESTACIO.

Como sustento de su inconformidad indicó en primer lugar que el problema jurídico indicado por la parte actora no corresponde con el solicitado en la demanda, sin embargo aduce que si bien la accionada no contestó ni aporto prueba alguna, la DIAN sí aportó las pruebas pertinentes para determinar el valor de la incapacidad que finalmente canceló a la funcionaria, pero que la EPS no reembolsó de manera completa.

Manifestó que el reconocimiento y pago de incapacidades está a cargo de la EPS o las EOC, las cuales previa verificación del cumplimiento de los requisitos y autorización de las mismas, deben reconocerlas en un placo no mayor a 5 días hábiles, así mismo, las entidades tienen un término de 15 días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud por el aportante, para llevar a cabo la revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas.

Conforme al Decreto 2493 de 2013, y contrario a lo afirmado en la Sentencia, la EPS o ARL solo reconocerán las incapacidades sobre lo que se cotizó, y no sobre el salario que efectivamente recibe el trabajador.

Indica que si bien se supone que el ingreso base de cotización a seguridad social debe ser igual al salario, no siempre es así, de manera que la EPS o la ARL solo reconocerán las incapacidades sobre lo que se cotizó, pues no puede pretenderse que la EPS cancelen incapacidades superiores a las cotizaciones realizadas, resaltando que la cotización a seguridad social debe ser igual a todos los pagos que constituyen salario, excluyendo normalmente los que no constituyen salario.

Señala que no es cierto como se afirma en la sentencia que, la entidad accionada no hubiera aportado las pruebas correspondientes para la realización de la liquidación de la incapacidad a su funcionaria: pues reposan como pruebas: (i)

copia de las planillas de autoliquidación correspondientes a los últimos 6 meses anteriores a la fecha de ocurrencia del hecho que genera la incapacidad; planilla que da cuenta del salario sobre el cual realiza la cotización el empleador (ii) Acto administrativo que ordena el reconocimiento de la prestación, (iii) Copia del desprendible de pago, en el cual se demuestra la ocurrencia del pago efectivo.

Así las cosas, no existe excusa para no haberse desarrollado la operación aritmética que determinaba el pago de la incapacidad, y demostrado que la misma se canceló según los valores del desprendible de pago, resulta más que obvio que la EPS tenga el deber de cancelar la incapacidad de la forma como se pagó y si existiere alguna diferencia la DIAN, tiene el derecho a que se le cancele la diferencia junto con los intereses moratorios, como ocurre en el presente asunto.

II. COMPETENCIA

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para conocer y fallar en derecho, en primera y única instancia, con carácter definitivo con las facultades propias de un juez. Así mismo, establece el recurso de apelación ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.

En consecuencia, corresponde a la Sala Laboral de esta corporación, el pronunciarse sobre la azada de acuerdo con las siguientes:

III. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

Observa la Sala, que la accionante, DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se reconozca el valor total de la incapacidad general en la suma de $22.969 correspondiente al valor de la diferencia cancelada por la DIAN y la reconocida por la EPS, junto con los intereses moratorios desde la fecha del pago de la incapacidad hasta que efectivamente se realice el desembolso a la tasa estable3cida en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

A efectos de resolver los motivos de inconformidad planteados, corresponde a la Sala comenzar por indicar que no fue objeto de discusión entre las partes y se determina con el material probatorio allegado al proceso la condición de afiliada ELIZABETH DELGADO ESTACIO, al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la NUEVA EPS, vinculada mediante una relación legal y reglamentaria con la demandante, y que le fue expedida una incapacidad por 4 días, desde el 10 de junio de 2014 hasta el 13 de junio de 2014, por enfermedad general.

En lo que hace al tema que nos ocupa debe precisar esta sala que el Sistema General de Seguridad Social en Salud, conlleva para empleados, empleadores, EPS y IPS, como integrantes del sistema general de salud, un conjunto de obligaciones que han sido preestablecidas por el legislador a fin de garantizar el derecho a la Salud a todos los ciudadanos.

Siendo del resorte de los empleadores inscribir a sus trabajadores a la EPS que éstos elijan, descontarles el monto de la cotización que les corresponde, informar sobre las novedades laborales, garantizar un medio ambiente sano y puntualmente, en lo que respecta al pago de cotizaciones. Así el numeral 2° del artículo 161 de la ley 100 de 1993, indica que los empleadores deben:

" 1. Inscribir en alguna Entidad Promotora de Salud a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral...
2°. En consonancia con el artículo 22 de esta ley, contribuir al financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante acciones como las siguientes:

- *a- Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204.*[1]
- *b- Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio, y*
- *c- Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el gobierno"*

El cumplimiento de lo anterior permite, que el SGSSS preste al asegurado los servicios de salud en forma integral, brindando no solo la prestación del servicio médicos de conformidad con lo establecido en el POS, sino además, garantizando el pago de otras contingencias que se derivan de la enfermedad o accidente de

[1] *Art. 204 de la ley 100 de 1993, corresponde al monto y distribución de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud.*

origen general o la licencia de maternidad, como lo es el pago de las incapacidades médicas y es en razón a ello que el artículo 206 del CST, reza:

> *"Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras."*

Así mismo, el artículo 227 ibídem, preceptúa:

> *"En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario del tiempo restante."*

Al tenor de lo dispuesto en la norma, atrás contenida, para el reconocimiento y pago de las incapacidades al empleado, debe señalarse que, de conformidad con los Artículos 227 y 228 del CST, así como del Artículo 9 del Decreto 770 de 1975, establecen que para la determinación del valor del subsidio en dinero de la incapacidad, se tendrá en cuenta el **salario de base** que del trabajador, correspondiente al mes calendario de cotización anterior al de la iniciación de la incapacidad.

Y es que lo anterior cobra especial relevancia por cuanto si bien el IBC esta constituido por diferentes factores salariales, conforme lo dispone el artículo 14 del Decreto 1158 de 1994, también lo es que puede incluir otros factores que no son salariales y que podrían llegar a aumentar o disminuir la base de cotización, como por ejemplo aumentarse por una prima o las vacaciones, a modo de ejemplo; o disminuirse por el pago de un auxilio por incapacidad. En razón a lo anterior, en las planillas de autoliquidación de aportes, existen unas casillas en las cuales se registran las novedades que se presenten en los aportes mensuales de cada trabajador.

De lo anterior se extrae que resulta improcedente tomar como IBL de la prestación económica el IBC, por cuanto el IBC no puede corresponder al salario devenga una persona en el momento que da inicio la prestación económica reclamada, y

además por cuanto el IBC puede contener factores adicionales al salarial, lo que puede generar liquidaciones incorrectas.

Aclarado lo anterior, debe señalarse que en el caso de los servidores públicos, es procedente la aplicación del Decreto 1848 de 1969 el cual establece que:

> *"(...) En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, tienen derecho a la prestación económica que consiste en el pago de un subsidio en dinero hasta por el término máximo de 180 días, que se liquidará y pagará con base en* ***salario*** *devengado por el incapacitado, a razón de las 2/3 partes de dicho salario, durante los primeros 90 días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los 90 siguientes"*

Así pues, contrario a lo afirmado por el recurrente, en tratándose de servidores públicos, como en el caso que nos ocupa, durante los periodos de incapacidad derivada por enfermedad general perciben un auxilio monetario a cargo del Sistema General de Seguridad Social, el cual se liquida con base en el **salario** devengado por el afiliado cotizante y no como lo pretende el apoderado de la DIAN, con el ingreso base de cotización.

Ahora bien, señala el apoderado de la DIAN en su recurso de apelación que contrario a lo afirmado en primera instancia, si obran como pruebas las copias de las planillas de autoliquidación correspondientes a los últimos 6 meses anteriores a la fecha de ocurrencia del hecho que genera la incapacidad; planilla que da cuenta del salario sobre el cual realiza la cotización el empleador, Acto administrativo que ordena el reconocimiento de la prestación y Copia del desprendible de pago, en el cual se demuestra la ocurrencia del pago efectivo.

No obstante lo anterior, de la documental que obra en el expediente a folio 3 vuelto reposa certificado de incapacidad, mediante la cual se emite la respectiva incapacidad, la cual no hay duda dentro del presente asunto, sin embargo de la misma no se refleja el salario devengado por la trabajadora ELIZABETH DELGADO ESTACIO.

Lo mismo ocurre con la documental que reposa a folios 5 a 7, conteniente de los anexos que adjuntó a la reclamación ante la NUEVA EPS, sin embargo la misma

no es legible, y de la cual tampoco se puede deducir el salario devengado por la trabajadora ELIZABETH DELGADO ESTACIO.

Ahora bien, a folios 8 reposan comprantes de pago correspondiente al mes de mayo de 2015, sin embargo, la incapacidad otorgada a la trabajadora ELIZABETH DELGADO ESTACIO obedeció desde el 10 de junio de 2014 al 13 de junio de 2014, esto es, el año anterior al certificado, sin que se tenga certeza del salario devengado por la señora DELGADO ESTACIO para el año 2014.

Tampoco es posible establecer el salario de la trabajadora ELIZABETH DELGADO ESTACIO de las pruebas aportadas por la accionada NUEVA EPS, como quiera que aportó notificación de pago por transferencia electrónica de prestaciones económicas (fls. 45 y 46), del cual tampoco puede establecerse el salario, así como tampoco de la documental que reposa a folio 47 como quiera que se adjunta una documental de una señora llamada NIMIA IVONE SOLIS CASTRO, la cual no hace parte del presente asunto.

Por otro lado, de la certificación allegada por la NUEVA EPS visible a folio 48, se indica el valor del Ingreso base de cotización de la trabajadora ELIZABETH DELGADO ESTACIO, sin que se desglose dicho valor a efectos de determinar con claridad a cuanto asciende el salario de la señora DELGADO ESTACIO para el mes de junio de 2014.

Finalmente, a folio 49 reposa planilla No. 18926815679 bajo el NIT del empleador 800197268, correspondiente al periodo o clico de octubre de 2014, donde se relacionan diferentes cédulas de identificación de la cotización, sin que ninguna de ella corresponda a la trabajadora ELIZABETH DELGADO ESTACIO.

Conforme lo anterior, y de acuerdo a lo indicado en primera instancia, al no existir documento que evidencie el **salario** devengado por la trabajadora ELIZABETH DELGADO ESTACIO para la vigencia en que se presentó la incapacidad, no puede realizarse la liquidación correspondiente a efectos de evidenciar si existe o no diferencia en el pago realizado por la EPS, razón por la cual y ante la no acreditación del salario de la trabajadora, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primera instancia.

COSTAS. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR de la decisión proferida en primera instancia el 4 de mayo de 2020por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO. NO CONDENAR en costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 21-2020-00039-01

Bogotá D.C., julio treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE:		**CARLOS ARTURO AMORTEGUI VALBUENA**
DEMANDADO:		**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**
ASUNTO	:	**APELACION (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21° Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Los apoderados de la parte demandante (fls. 123), así como la UGPP (fls. 127 a 129) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 30 de noviembre de 2020, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS ARTURO AMORTEGUI VALBUENA** instauró demanda ordinaria laboral contra del **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN**

SOCIAL - UGPP con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3):

1) Condenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a re liquidar la pensión de jubilación del señor CARLOS ARTURO AMORTEGUI VALBUENA a partir del 1º de enero de 1995, teniendo en cuenta los factores salariales devengados tales como: sueldo, ajuste de sueldo, horas extras, prima semestral, prima de alimentación, bonificación por servicios del periodo comprendido entre el 1º de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1994, conforme lo dispone la Ley 33 de 1985.
2) Condenar a la demandada a que pague las sumas adeudadas debidamente actualizadas, de conformidad con certificación expedida por el DANE.
3) Costas procesales.

La **entidad demandada** contestó la demanda (fls. 44 y 45), de acuerdo al auto visible a folio 47. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso las excepciones de mérito

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 19 de noviembre de 2020. **DECLARÓ PROBADA** la excepción de pago propuesta por la demandada. **NEGÓ** las pretensiones incoadas por el señor CARLOS ARTURO AMORTEGUI VALBUENA en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPCIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. **COSTAS** a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de $300.000.

RECURSO DE APELACION

La **parte demandante** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia que profirió en primera instancia:

1. **RE-LIQUIDACIÓN INCLUSIÓN DE FACTORES SALARIALES:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar acceder a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por el actor, como salario, ajuste de sueldo,

horas extras, prima semestral, prima de alimentación y bonificación por servicios y demás certificados por la demandada, por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985, para esto, solicita rehacer nuevamente la liquidación, teniendo en cuenta que al verificar los formularios y certificados expedidos por la demandada, encontramos que tanto el salario, así como por otros conceptos, encuentra sumas superiores a las indicadas por el Juzgado, por lo que la inclusión de éstos factores salariales que no han sido tenidos en cuenta por la demandada, tiene valores a su favor que no le han sido cancelados.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La **controversia del presente proceso** se centra en determinar: **1.** Sí le asiste derecho al señor CARLOS ARTURO AMORTEGUI VALBUENA a que la pensión de jubilación sea re-liquidada, incluyendo la totalidad de factores salariales devengados en el periodo del 1º de enero de 1994 al 31 de diciembre de 1994. **2.** En caso afirmativo, condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago de las diferencias en la mesada pensional.

STATUS DE PENSIONADO:

Sea lo primero señalar que no es objeto de discusión la calidad de pensionado que ostenta el señor CARLOS ARTURO AMORTEGUI VALBUENA por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, toda vez que mediante **resolución No 013267 del 14 de diciembre de 1994** (fls. 24 a 26), le reconoció pensión de jubilación por haber trabajado en el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, desde el 1º de mayo de 1964 al 30 de junio de 1994, para un total de 10860 días laborados, desempeñando como último cargo el de "Operador Maquinaria pesada", aplicando la Ley 33 y 62 de 1985, con el 75% de tasa de reemplazo, con el salario

promedio de los últimos 12 meses laborados, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales:

- Asignación básica $2.737.732
- Horas extras $1.661.139
- Auxilio de alimentación $405.414
- Prima de Navidad $291.843
- Prima de Vacaciones $164.800

Total factores: $5.260.928

Promedio $438.410,67 x 75% = $328.808

Aclarado lo anterior, se ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación en cuantía de $328.808 efectiva a partir del 1° de julio de 1994.

Posteriormente, que mediante la Resolución No. **004002 del 9 de mayo de 1995** (fls. 27 a 29), la entidad demandada re-liquidó la prestación, teniendo en cuenta que el actor allegó nuevos tiempos de servicio en el MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTE desde el 1° de julio de 1994 al 31 de diciembre de 1994, acreditando 181 días de servicio bajo el último cargo de "Operador Maquinaria pesada". Que el demandante acreditó retiro definitivo del servicio.

Que de acuerdo con las Leyes 33 y 62 de 1985, aplicando el 75% de tasa de reemplazo, sobre el salario promedio de los últimos 12 meses, se determinó la cuantía de la pensión así:

- Asignación básica $3.529.668
- Horas extras $3.639.309,13
- Aux. Alimentación $171.000

Total Factores: $7.339.977,13

Promedio $611.664,76 x 75% = $458.748,57.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ordenó re-liquidar la pensión de jubilación reconocida al actor, elevando la cuantía a la suma de $458.748,57 efectiva a partir del 1° de enero de 1995.

RE-LIQUIDACION PENSION DE JUBILACIÓN INCLUSION DE LA TOTALIDAD DE FACTORES SALARIALES:

Así las cosas, quedan fuera de discusión los siguientes pilares fácticos: i) que el actor es beneficiario del régimen de transición; ii) que se le otorgó el beneficio

pensional de conformidad con la Ley 33 de 1985, iii) que se le aplicó el IBL del promedio de los últimos 12 meses de servicios, aplicando el 75% de tasa de reemplazo.

Ahora bien, solicita la apoderada de la parte demandante se re-liquide la pensión de jubilación reconocida al señor Carlos Arturo Amórtegui Valbuena, a efectos de que sean incluidos todos los factores salariales, mencionando expresamente los siguientes: sueldo, ajuste de sueldo, horas extras, prima semestral, prima de alimentación, bonificación por servicios, los cuales se reflejan en el certificado CLEPB expedido por el Instituto Nacional de Vías, los cuales generan un mayor valor de pensión y en consecuencia el pago de unas diferencias pensionales.

Al respecto, en sentencia SL5128 con Rad. 72805 del 2 de diciembre de 2020 que a su vez, trajo a colación la sentencia SL1093 de 2017, la H. Corte Suprema de Justicia adoctrino:

> *"De manera pacífica, reiterada y uniforme, esta Sala ha defendido el criterio según el cual los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de los servidores públicos que causaron sus prestaciones en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, son los consignados en el artículo 1.° del Decreto 1158 de 1994, que modificó el artículo 6.° del Decreto 691 de ese mismo año. Por ejemplo, en fallo CSJ SL 17192, 26 feb. 2002, reiterado en SL 44206, 29 may. 2012, SL1851-2014 y SL4870-2017, sobre el particular, se expuso:*
>
> *(...)*
>
> *Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1° del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase.*
>
> *De lo anterior se colige que no incurrió el ad quem en infracción directa de los artículos 1° y 3° inciso 3° de la Ley 33 de 1985, y 1° inciso 3° de la Ley de 1985, pues, de acuerdo con lo ya resuelto por esta Sala, para efectos de determinar los factores salariales integrantes del IBL se aplica la norma*

vigente al momento de la causación del derecho, esto es el D.R. 1158 de 1994. Pues como se dijo en la sentencia 26753 de 2006, "...es de iterar que la Ley 33 de 1985, que es la que gobierna la pensión de jubilación del accionante, se aplica en virtud del fenómeno jurídico de la transición en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y el monto del 75%, más no en lo tocante a la base salarial, dado que aquélla está regulada en el inciso tercero del aludido artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin que esto implique que se esté fraccionando o escindiendo la norma."

En este caso no es materia de discusión que con fundamento en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 al actor se le reconoció la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 a partir del 1º de julio de 1994, razón por la cual los factores salariales llamados a integrar su prestación son los consignados en el artículo 1.° del Decreto 1158 de 1994, como lo determinó el Juez de primera instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 dispuso:

"ARTÍCULO 1º. *El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:*
"Base de cotización".
El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:
a) La asignación básica mensual;
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
g) La bonificación por servicios prestados;"

Así pues, la Sala procedió a establecer el valor de la mesada, calculando el IBL con el promedio de los últimos 12 meses, aplicando el 75% de tasa de reemplazo, los cuales no hubo discusión, teniendo en cuenta los factores salariales certificados por el Ministerio de Hacienda visible a folios 96 a 102, conforme requerimiento efectuado por el Juzgado de instancia del 9 de julio y 23 de octubre de 2020,tomando únicamente los que establece el Decreto en cita, esto es, asignación

básica mensual, bonificación por servicios prestados y remuneración por trabajo suplementario o de horas extras o realizado en jornada nocturna.

En este punto de la decisión, debe resaltarse que tanto la prima semestral, como la prima de alimentación no fueron tenidos en cuenta, como quiera que los mismos no los dispone el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.

Aclarado lo anterior, de acuerdo a la liquidación efectuada con apoyo del profesional del Grupo Liquidador, la cual hace parte integral de esta sentencia, se obtuvo un IBL $738.610,95 correspondiente a los últimos 12 meses trabajados, que al aplicar el 75% de tasa de reemplazo arroja una mesada inicial de **$553.958,21** para el año 1995, siendo la misma **SUPERIOR** al otorgado por la accionada en resolución No **004002 del 9 de mayo de 1995** que re-liquidó la prestación en la suma de $458.748,57.

Teniendo en cuenta lo anterior, habrá de **REVOCARSE** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES Y PARAFISCALES – UGPP, a reconocer a favor del señor CARLOS ARTURO AMÓRTEGUI VALBUENA una pensión de jubilación en cuantía inicial de $553.958,21, efectiva a partir del 1 de enero de 1995.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION:

Así pues, previo a resolver lo referente a las diferencias del retroactivo de la pensión, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales. Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

En ese orden, para que el **fenómeno prescriptivo** no hubiese prosperado, debió haberse interrumpido por una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes contados desde la fecha de la expedición de la resolución que re-liquidó la prestación (**9 de mayo de 1995**), o en ese mismo término haber instaurado la acción jurisdiccional tendiente al reclamo de

dicha prestación, sin embargo, presentó reclamación hasta el **17 de enero de 2019** (fl. 21), en tanto que la presente demanda fue sometida a reparto el **24 de enero de 2020** (fl. 36), lo que significa que el demandante dejó transcurrir más de los 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, razón por la cual, se DECLARARÁ PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al **17 de enero de 2016.**

Así pues, se **CONDENARÁ** a la entidad accionada a reconocer y pagar la suma de $36.045.185,30 favor del señor CARLOS ARTURO AMORTEGUI VALBUENA por concepto de diferencias pensionales liquidadas a partir del 17 de enero de 2016, dada la declaratoria de la prescripción, con corte al 28 de febrero de 2021, sin perjuicio de las que a futuro se causen, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago, declarando una mesada pensional para el año 2021 la suma de $3.200.681.

COSTAS. Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES Y PARAFISCALES – UGPP, a reconocer a favor del señor CARLOS ARTURO AMÓRTEGUI VALBUENA una pensión de jubilación en cuantía inicial de $553.958,21, efectiva a partir del 1 de enero de 1995.

SEGUNDO: **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al **17 de enero de 2016.**

TERCERO: **CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES Y PARAFISCALES – UGPP pagar la suma de $36.045.185,30 favor del señor CARLOS ARTURO AMORTEGUI

VALBUENA por concepto de diferencias pensionales liquidadas a partir del 17 de enero de 2016, dada la declaratoria de la prescripción, con corte al 28 de febrero de 2021, sin perjuicio de las que a futuro se causen, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago, declarando una mesada pensional para el año 2021 la suma de $3.200.681.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandada.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502120200003901)

DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310502120200003901)

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502120200003901)

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA
RADICADO: 11001310502120203901
DEMANDANTE : CARLOS AMORTEGUI
DEMANDADO: UGPP

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante el último año actualizado a 1995, aplicando el 75% para obtener el valor de la primera mesada.

Promedio Salarial Anual

Año 1994

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	254.820,00	8.494,00	$ 263.314,00		
01/02/94	28/02/94	28	427.508,00	14.250,27	$ 399.007,47		
01/03/94	31/03/94	31	429.508,00	14.316,93	$ 443.824,93		
01/04/94	30/04/94	30	246.600,00	8.220,00	$ 246.600,00		
01/05/94	31/05/94	31	709.967,00	23.665,57	$ 733.632,57		
01/06/94	30/06/94	30	567.204,00	18.906,80	$ 567.204,00		
01/07/94	31/07/94	31	344.007,00	11.466,90	$ 355.473,90		
01/08/94	31/08/94	31	847.983,00	28.266,10	$ 876.249,10		
01/09/94	30/09/94	30	546.442,00	18.214,73	$ 546.442,00		
01/10/94	31/10/94	31	528.950,00	17.631,67	$ 546.581,67		
01/11/94	30/11/94	30	1.415.249,00	47.174,97	$ 1.415.249,00		
01/12/94	31/12/94	31	906.339,00	30.211,30	$ 936.550,30		
Total días		365			$ 7.330.128,93	$ 20.082,55	$ 602.476,35

Cálculo Ultimo Año de Vida Laboral

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1994	365	21,328	26,15	1,226	$ 602.476,35	$ 738.610,95	$ 8.986.433,21
Total días	365				Total devengado actualizado a:	1995	$ 8.986.433,21
Total semanas	52,14					Ingreso Base Liquidación	$ 738.610,95
Total Años	1,00					Porcentaje aplicado	75%
						Primera mesada	$ 553.958,21
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	1995	$ 118.934,00

Tabla Retroactivo Pensional

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/95	31/12/95		$ 553.958,21	$ 458.748,57	$ 95.209,64		
01/01/96	31/12/96	19,46%	$ 661.758,48	$ 548.021,04	$ 113.737,44	0,00	$ 0,00
01/01/97	31/12/97	21,63%	$ 804.897,00	$ 666.557,99	$ 138.339,01	0,00	$ 0,00
01/01/98	31/12/98	17,68%	$ 947.203,00	$ 784.405,45	$ 162.797,55	0,00	$ 0,00
01/01/99	31/12/99	16,70%	$ 1.105.386,00	$ 915.401,16	$ 189.984,84	0,00	$ 0,00
01/01/00	31/12/00	9,23%	$ 1.207.413,00	$ 999.892,68	$ 207.520,32	0,00	$ 0,00
01/01/01	31/12/01	8,75%	$ 1.313.062,00	$ 1.087.383,29	$ 225.678,71	0,00	$ 0,00
01/01/02	31/12/02	7,65%	$ 1.413.511,00	$ 1.170.568,11	$ 242.942,89	0,00	$ 0,00
01/01/03	31/12/03	6,99%	$ 1.512.315,00	$ 1.252.390,83	$ 259.924,17	0,00	$ 0,00
01/01/04	31/12/04	6,49%	$ 1.610.464,00	$ 1.333.670,99	$ 276.793,01	0,00	$ 0,00
01/01/05	31/12/05	5,50%	$ 1.699.040,00	$ 1.407.022,89	$ 292.017,11	0,00	$ 0,00
01/01/06	31/12/06	4,85%	$ 1.781.443,00	$ 1.475.263,50	$ 306.179,50	0,00	$ 0,00
01/01/07	31/12/07	4,48%	$ 1.861.252,00	$ 1.541.355,31	$ 319.896,69	0,00	$ 0,00
01/01/08	31/12/08	5,69%	$ 1.967.157,00	$ 1.629.058,43	$ 338.098,57	0,00	$ 0,00
01/01/09	31/12/09	7,67%	$ 2.118.038,00	$ 1.754.007,21	$ 364.030,79	0,00	$ 0,00
01/01/10	31/12/10	2,00%	$ 2.160.399,00	$ 1.789.087,35	$ 371.311,65	0,00	$ 0,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	$ 2.228.884,00	$ 1.845.801,42	$ 383.082,58	0,00	$ 0,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	$ 2.312.021,00	$ 1.914.649,81	$ 397.371,19	0,00	$ 0,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	$ 2.368.434,00	$ 1.961.367,27	$ 407.066,73	0,00	$ 0,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 2.414.382,00	$ 1.999.417,79	$ 414.964,21	0,00	$ 0,00
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 2.502.748,00	$ 2.072.596,49	$ 430.151,51	0,00	$ 0,00
17/01/16	31/12/16	6,77%	$ 2.672.184,00	$ 2.212.911,27	$ 459.272,73	13,47	$ 6.184.872,79
01/01/17	31/12/17	5,75%	$ 2.825.835,00	$ 2.340.153,67	$ 485.681,33	14,00	$ 6.799.538,68
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 2.941.411,65	$ 2.435.865,95	$ 505.545,70	14,00	$ 7.077.639,81
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 3.034.948,54	$ 2.513.326,49	$ 521.622,05	14,00	$ 7.302.708,75

01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 3.150.276,59	$ 2.608.832,89	$ 541.443,69	14,00	$ 7.580.211,69
01/01/21	**28/02/21**	1,60%	$ 3.200.681,01	$ 2.650.574,22	$ 550.106,79	2,00	$ 1.100.213,58
Total retroactivo							**$ 36.045.185,30**

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación miércoles, 4 de agosto de 2021 Recibe: _____

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación 2021-00192-01

Bogotá D.C., junio treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: FANNY MOJICA NIÑO
DEMANDADO: CAFESALUD EPS SA
ASUNTO : APELACIÓN (Demandada)

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral en audiencia pública a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante CAFESALUD EPS SA, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 7 de julio de 2020.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La señora **FANNY MOJICA NIÑO,** obrando en nombre propio, presento ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en desarrollo de su función jurisdiccional, solicitud de reconocimiento y pago por parte de la **CAFESALUD EPS SA,** de los gastos en que incurrió por concepto de atención de médica, hospitalaria, quirúrgica y medicamentos, por valor de $7.807.585

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que presentó en el mes de septiembre de 2015 un dolor agudo en su abdomen, que al acudir a Urólogo le fue diagnosticada Nefrolitiasis Coraliforme derecho, riñón con función disminuida limítrofe para un procedimiento quirúrgico inmediato. Que en virtud de lo anterior, tramitó en repetidas oportunidades las autorizaciones de servicios

médicos requeridos, entre ellas la atención por el servicio de especialista de Urología, para que pudiera ser valorada. Sin embargo, ante la demora de la EPS debió efectuar su procedimiento particular, en la Clínica Boyacá de la ciudad de Duitama el 18 de marzo de 2016. Que los gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios y médicos que debió asumir de manera particular por la negligencia de la demandada, ascendieron a la suma de $7.807.585 respectivamente, siéndole además expedida una incapacidad de 30 días, entre el 18 de marzo de 2016 al 16 de abril de 2016.

Admitida la demanda (fl. 65) y corrido su traslado, se allegó por parte de CAFESALUD EPS SA, se opuso a las pretensiones de la demandante, esto es al pago de los gastos en que incurrió por los procedimientos quirúrgicos, servicios médicos e incapacidades reclamadas, radicándose de forma extemporánea superando el término previsto en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 teniendo en cuenta que no se cumplían con los requisitos legales para acceder al rembolso, pues en ningún momento la demandante prueba la incapacidad, negligencia o negativa injustificada por parte de la EPS, en la prestación del servicio, por el contrario se advertía que se habían brindado todas las autorizaciones necesarias para el tratamiento de su patología.

Igualmente, señaló que la paciente de forma voluntaria y premeditada no asistió a la red prestadora de CAFESALUD EPS, y decidió acudir a otra IPS de manera particular, por lo que se podía concluir que se trataba de una atención ambulatoria y no de una urgencia vital. Que además, aun acogiéndose la tesis de que se trataba de una urgencia vital, la IPS no solicitó la autorización de los servicios, conforme lo establece el artículo 10 de la Resolución No. 5261 de 1994. (fls. 74-75)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, mediante providencia del 7 de julio de 2020, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, resolvió ACCEDER a las pretensiones presentadas por la afiliada FANNY MOJICA NIÑO, y en consecuencia ORDENÓ a CAFESALUD EPS SA, pagar la suma de $7.482.985, a favor de la demandante, por concepto del reconocimiento económico por los gastos médicos, hospitalarios, exámenes y medicamentos cubiertos de manera

particular, Así como, por la suma de $666.473, por conceto de la incapacidad médica otorgada. (fl 83-89)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación, el apoderado de la accionada CAFESALUD EPS SA, solicitó se revocara la decisión, precisando que el reembolso solicitado no era procedente, al no cumplir con los presupuestos establecidos en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, teniendo en cuenta que la demandante no acreditó que el servicio brindado particularmente fuera una atención de urgencias, ni que el servicio hubiera sido autorizado por la EPS, o que haya existido por parte de ésta incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud.

Por el contrario, considera de los hechos narrados que la demandante no se encontraba ante una atención de urgencias, sino que se trató de un procedimiento programable, más de una urgencia, lo que denotaba que la actora de forma voluntaria había asistido a una IPS particular y no a una adscrita a la red prestadora de servicios de salud. Igualmente, indica que el concepto técnico sobre el cual se fundamentó el fallo no fue puesto en conocimiento de la EPS, para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción

Finalmente, precisó que no había lugar al pagó de la incapacidad otorgada, por cuanto ésta no había sido solicitada por la afiliada, transcrita ni aportada con la demanda para su posible transcripción. (FLS 95-133)

II. COMPETENCIA

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para conocer y fallar en derecho, en primera y única instancia, con carácter definitivo con las facultades propias de un juez. Así mismo, establece el recurso de apelación ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.

En consecuencia, corresponde a la Sala Laboral de esta corporación, el pronunciarse sobre la azada de acuerdo con las siguientes:

III. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

Observa la Sala, que la accionante, FANNY MOJICA NIÑO acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se definiera en su favor el rembolso de los gastos médicos en los que incurrió por concepto de medicamentos procedimientos quirúrgicos, exámenes e incapacidades, que no le fueran cubiertas

En aras de definir la controversia, cabe indicar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Constitucional, ha señalado el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud, que se encuentra en conexidad con otros derechos fundamentales y radica en cabeza de todas las personas en general debiendo ser protegido y garantizado por el estado.

El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, establece a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, el cumplir con las funciones del aseguramiento en salud, entre los que se encuentra la garantía y acceso efectivo y con calidad a los servicios en salud, debiendo asumir el riesgo trasferido por usurario.

> ***ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO.*** *Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.*
>
> *Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.*

Igualmente, deben cumplir con los principios establecidos en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, garantizando entre otros la accesibilidad al servicio de salud, su prestación oportuna y sin retrasos que pongan en riesgo la vida o la salud de los usuarios y a la continuidad en el tratamiento que reciben. (Artículo 3 Decreto 1011 de 2003)

Frente a la vulneración del derecho a la salud, por el no acceso oportuno a los servicios, el máximo Tribunal constitucional, en sentencia T 012 del 14 de enero de 2011, señaló:

"(...)
4.2. Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido justificada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003,[14] en la cual se dijo:

> *"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso."**[15]**"*

Ahora bien, respecto al trámite de los reembolsos, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, consagra:

> *ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto."*

A su vez, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, otorga a la Superintendencia Nacional de Salud, la facultad de conocer y fallar con carácter definitivo, los asuntos referentes al reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

Bajo tales presupuestos, procede el reembolso por parte de las EPS a un afiliado de los gastos en que hubiera incurrido, en los siguientes casos:

1. Atención médica de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS.

2. Cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica.

3. En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

A efectos de resolver los motivos de inconformidad planteados, corresponde a la Sala comenzar por indicar que no fue objeto de discusión entre las partes y se determina con el material probatorio allegado al proceso la condición de afiliada de la señora FANNY MOJICA NIÑO al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la E.P.S CAFESALUD SA

Igualmente, que la documental allegada se evidencia que la accionante fue diagnosticada con Nefrolitiasis coraliforme derecha, de lo que da cuenta la historia de atenciones médicas bridadas el 10 de enero, 5 y 6 de noviembre y 29 de diciembre de 2015, que como se relacionó en el fallo de primera instancia corresponden a atenciones de urgencias, que conllevaron a la práctica del procedimiento quirúrgico "nefrectomía parcial", practicado de forma particular por la demandante el 18 de marzo de 2016, en la IPS Clínica Boyacá. Se aportó a demás, copia de la atención médica brindada por el área de urología con autorización para práctica del procedimiento quirúrgico, del 16 de enero de 2016

y la respuesta otorgada por la entidad a la solicitud del rembolso requerido por CAFESALUD EPS, en la que niega el derecho aludiendo el incumplimiento de los requisitos programados para el procedimiento.

De lo anteriormente expuesto se logra establecer, que contrario a lo afirmado por la EPS en su recurso, los servicios médicos que accedió la actora y por los que se generaron los gastos reclamados si correspondió a una atención de urgencias dada la evolución de la patología renal que le fuera diagnosticada, en la que se relacionó además la necesidad inminente del procedimiento.

Que a pesar de éste, el procedimiento y de la autorización bridada para el mismo, éste no se practicó sin que se acredita una razón justificada para tal situación, incumpliéndose así con la obligación de prestar un servicio médico oportuno e integral. Sin que se adviertan razones que justificaran, que el procedimiento no fuera practicado por una IPS de su red prestadora de servicios, o que correspondiera a un procedimiento programable y no a una urgencia vital, como lo indica en el recurso.

Po otra parte, a pesar de que la demandada señala que el concepto técnico en que se fundamentó la decisión de primera instancia, no les fue trasladado a efectos de ejercer contra éste sus derechos de defensa y contradicción, lo cierto es que el mismo sólo realiza una valoración probatoria de las documentales que se encuentran en el expediente, y que fueron en efecto conocidas por la CAFESALUD EPS con el traslado de la acción, lo que impide establecer que de forma alguna se presentara situaciones dentro del trámite de la acción que constituyeran una violación a sus derechos de defensa y contradicción.

Finalmente, huelga precisar que la no radicación de la solicitud de rembolso en el término previsto en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, no implica la pérdida del derecho a la compensación de los gastos en que hubiera incurrido el afiliado, ante la negligencia de le Entidad Prestadora de brindar los servicios de salud requeridos por éste, pues como se indicó por la Corte Constitucional en sentencia T-650 de 2011, la norma establece un término para adelantar un trámite administrativo, que no implica la pérdida del derecho, ni la exoneración de la entidad para cumplir con sus obligaciones, o que le sea dable beneficiarse de su propia negligencia en la omisión de la prestación de los servicios de salud a su cargo.

Cumpliéndose así con los requisitos previstos 41 de la Ley 1122 de 2007 para obtener el reembolso pretendido, conforme a las facturas de pago aportadas.

PROCEDENCIA DE LA INCAPACIDADES OTORGADAS

Conforme se acredita con las documentales aportadas visibles a folios 16 y 19 de informativo, a la accionante le fue otorgadas dos incapacidades, la No. 50631 entre el 18 de marzo al 16 de abril de 2016 y la No. 100101000024087 otorgada por el término de 3 días, entre el 11 al 13 de mayo de 2016.

Que contrario a lo afirmado por la accionando, la actora cumplido los requisitos previstos en el artículo 21.13.4 del Decreto 780 de 2016 para acceder al reconocimiento económico, pues se encontraba afiliada en calidad de trabajadora independiente al Sistema de Seguridad Social en Salud al momento en que le fueron expedidas las incapacidades, cotizando un número superior al de 4 semanas de forma ininterrumpida y completa en el mes anterior, sin que le hubiera sido suspendida su afiliación por mora en el pago de los aportes dentro de los dos meses anteriores a la expedición de la incapacidad, ni que se hubiesen pagado los aportes fuera del periodo correspondiente, procediendo en consecuencia el reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas.

Los argumentos expuestos son suficientes para CONFIRMAR la determinación adoptada por el operador judicial de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

COSTAS. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la decisión emitida por la Superintendencia Nacional de Salud el 7 de julio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. NO CONDENAR en costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

DAVID A.J CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO