



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación 2020-00564-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: INES ELENA VALENCIA VALENCIA
DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS
ASUNTO : APELACIÓN (Demandada)

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 05 de junio de 2020.

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

I. ANTECEDENTES

La señora INES ELENA VALENCIA VALENCIA, actuando a nombre propio, presentó ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** en contra de la SALUD TOTAL EPS, en desarrollo de su función jurisdiccional a realizar el procedimiento "REDUCCIÓN ABIERTA DE EPIFISIS SEPARADA DE RADIO Y CUBITA CON FIJACIÓN", de acuerdo con la orden de su médico tratante.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que la actora sufrió un accidente el 7 de abril en su domicilio, motivo por el cual acudió a la Clínica Antioquia de la ciudad de Bello, donde recibió atención médica y le fueron realizados los servicios de toma de Rayos X, colocación de férula, atención por ortopedia, entre otros, indicándole que su diagnóstico era fractura en la diáfasis en la epífisis inferior del radio de su brazo izquierdo.

Indica además que le informaron que requería manejo quirúrgico urgente y se le entregó la orden para anestesiología, hasta el 14 de abril le informaron a través de comunicación telefónica que, la cita estaba programada para el día siguiente, es decir, el 14 de abril.

Que el 14 de abril fue atendida por el anestesiólogo, donde se le informó que antes y después del procedimiento se debía desactivar el desfibrilador que tiene hace algunos años, advirtiéndole de los riesgos que esto implica para el momento de la intervención quirúrgica, así mismo se le indicó que en dicha clínica no se podía realizar el procedimiento ya que no contaba con especialista Electrofisiólogo.

Finalmente, indicó que se acercó a la oficina de su EPS, donde se dejó el caso con el radicado 04142010646, donde le informaron que debido a la urgencia de su procedimiento se iba a escalar para agilizar la programación del procedimiento, indica que a la fecha de la presentación de la demanda no le han dado respuesta.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, mediante providencia del 05 de junio de 2020, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, decidió **ACCEDER** a las pretensiones formuladas por la señora INES ELENA VALENCIA VALENCIA, y en consecuencia **ORDENÓ** a SALUD TOTAL EPS que en un término máximo de 15 días contados a partir de la notificación de la presente providencia, sin que pueda mediar ningún tipo de dilación u obstáculo administrativo, dentro de su red de atención, garantice la realización del procedimiento REDUCCIÓN ABIERTA DE EPIFISIS SEPARADA DE RADIO Y CUBITO CON FIJACIÓN, IPS que cuente con la disponibilidad de ELECTROFISIÓLOGO, dado que la usuaria es portadora de

CARDIODESFIBRILADOR, de acuerdo a las órdenes del médico tratante, teniendo en cuenta todas las medidas de bioseguridad, con el fin de proteger la vida de la usuaria, quien se encuentra dentro de la población de riesgo para COVID 19.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación, la demandada interpuso recurso de apelación, en contra de la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DE SALUD del 05 de junio de 2020 a efectos de que sea revocada en su integridad, teniendo en cuenta, tal y como se observa de las pruebas aportadas junto con el recurso de apelación, que se logra demostrar la adecuada y correcta atención que se le ha brindado a la señora INES VALENCIA, por lo que no es procedente ordenar la realización de un procedimiento dentro de un término específico, pese a que debe hacerse una serie de exámenes previos al procedimiento quirúrgico, sin embargo se ha mantenido un contacto directo con la afiliada para la prestación integral del servicio de salud.

Así las cosas, como quiera que se expidieron en su totalidad las órdenes para realizar la cirugía *Osteotomía en radio o cúbito con fijación externa* para el 23 de junio a las 7:00 AM, conforme a las pruebas documentales anexas junto con el recurso de apelación, solicita se declare hecho superado frente a la solicitud de la referencia, toda vez que el servicio de salud, configuraba la inconformidad de la demandante y objeto principal del presente jurisdiccional, el cual ya se encuentra surtido.

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:

Observa la Sala, que la accionante, INES ELENA VALENCIA VALENCIA acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se ordenara el procedimiento "REDUCCIÓN ABIERTA DE EPIFISIS SEPARADA DE RADIO Y CUBITA CON FIJACIÓN", de acuerdo con la orden de su médico tratante.

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 transferido 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]

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO:

La accionada SALUD TOTAL EPS solicita se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar se declare carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que el servicio de salud, configuraba la inconformidad de la demandante y objeto principal del presente jurisdiccional, el cual ya se encuentra surtido, por cuanto conforme a las pruebas documentales anexas junto con el recurso de

apelación, se expidieron en su totalidad las órdenes para realizar las cirugía *Osteotomía en radio o cúbito con fijación externa* para el 23 de junio a las 7:00 AM.

Así las cosas, SALUD TOTAL EPS en su recurso de alzada aporta documental visible a folios 84 a 88 del expediente digital, mediante la cual se autoriza los siguientes procedimientos a favor de la señor INES ELENA VALENCIA VALENCIA así:

Imagen #1



Imagen #2

Imagen #3

**AUTORIZACIÓN PROCEDIMIENTO QUIRURGICO POR
UTILIZAR EN LA IPS**

No. Autorización:

Fecha y Hora: 10/04/2022 10:45 PM

ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO

Salud Total EPS

Código: EPS02

INFORMACIÓN DEL PACIENTE

Tipo Documento: Cédula de Ciudadanía

Documento: 31298121

Nombre: INES ELENA VALENCIA VALENCIA

Fecha Nacimiento: 05 Ago 1958

Dirección: CR 51 NUMERO 68-102 MIRADOR

Teléfono: 6026543

BELLO

Departamento: ANTIOQUIA

Municipio: Bello

Teléfono Celular: 3003919224

E-Mail: dca233@gmail.com

INFORMACIÓN PRESTADOR

Nombre: FUNDACION CLINICA DEL NORTE

Nº: 600231885

Código: 16639

Dirección: AV 58 DO 58-58

Teléfono: 6491270

Municipio: Bello

Departamento: ANTIOQUIA

INFORMACIÓN DE LA TRANSACCIÓN

Tipo:

Regimen: Contributivo y PDS + Exento

Motivo: Férula

Fecha Vencimiento: 07 Dic 2022

Diagnóstico: M24.0

Neg. Anterior:

Ubicación paciente: Ambulatorio

Nº. Solución: 06102620079573

Origen Servicio: Enfermedad General

Nº. Prescripción:

AUTORIZACIONES

Código	Cant.	Nombre
6-401000	1	CAPEL COMPLEX ARTICULAS EN ALFABETA VIL ABERTA

PAGOS COMPARTIDOS

Tipo Recauda: Copago

Valor: \$

Semanas Contadas: 117

Participación: 100%

Valor Máximo: \$10000

INFORMACIÓN DE LA PERSONA QUE AUTORIZA

Nombre: Christian AG

Cargo o Actividad:

Cargo General

Teléfono:

Teléfono:

Teléfono Celular:

Dirección:

Ins que prescribe:

OBSERVACIONES

Salud Total

Página 1 De 1

**AUTORIZACIÓN PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO POR
UTILIZAR EN LA IPS**

No. Autorización: Fecha y Hora: 10 JUN 2020 10:13 PM

ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO

Salud Total EPS Código: EPS002

INFORMACIÓN DEL PACIENTE

Tipo Documento: Cédula de Ciudadanía Documento: 21355121
 Nombre: INES ELENA VALENCIA VALENCIA Fecha Nacimiento: 06 Ago 1950
 Dirección: CR 53 NÚMERO 102 MIRADOR Teléfono: 6024545
 BELLO
 Departamento: ANTIOQUIA Municipio: Bello
 Teléfono Celular: 3903639224 E-Mail: inesv235@gmail.com

INFORMACIÓN PRESTADOR

Nombre: FUNDACIÓN CLÍNICA DEL NORTE NA: 600421855 Código: 1853
 Dirección: AV 38 DG 54-50 Teléfono: 4481270
 Municipio: Bello Departamento: ANTIOQUIA

INFORMACIÓN DE LA TRANSACCIÓN

Tipo: Regimen: Contributivo - P.O.S. - Exento
 Motivo: Ninguno Fecha Vencimiento: 07 Dic 2020
 Diagnóstico: M64.0 No. Anterior:
 Ubicación paciente: Ambulatorio No. Solicita: 0010020073573
 Origen Servicio: Enfermedad General No. Prescripción:

AUTORIZACIONES

Código	Cant	Nombre
77300000	1	INTUBACIÓN EN NASO-GASTRO POR FUNCIÓN EXTERNA

PAGOS COMPARTIDOS

Tipo Recauda: Copago Valor: 72600
 Semanas Conexas: 117 Porcentaje: 100% Valor Máximo: 0.0000

INFORMACIÓN DE LA PERSONA QUE AUTORIZA

Nombre: Gustavo Cargo o Actividad: Cargo General
 Teléfono: Teléfono:
 Teléfono Celular: Dirección:
 Ips que prescribe:

OBSERVACIONES

Imagen #3:



Página 1 De 1

AUTORIZACIÓN PROCEDIMIENTO NO QUIRÚRGICO POR UTILIZAR EN LA IPS

No. Autorización: _____ Fecha y Hora: 10 Jun 2020 18:25 PM

ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO		
Salud Total EPS	Código: EPS002	
INFORMACIÓN DEL PACIENTE		
Tipo Documento: Cedula de Ciudadanía	Documento: 21395121	
Nombre: INES ELENA VALENCIA VALENCIA	Fecha Nacimiento: 06 Ago 1956	
Dirección: CR 51 NUMERO 66 102 MIRADOR BELLO	Telefono: 6028545	
Departamento: ANTIOQUIA	Municipio: Bello	
Telefono Celular: 3003039224	E-Mail: dczy33@gmail.com	
INFORMACIÓN PRESTADOR		
Nombre: FUNDACION CLINICA DEL NORTE	Nit: 900421895 Código: 18839	
Dirección: AV 38 DG 59-60	Telefono: 4481270	
Municipio: Bello	Departamento: ANTIOQUIA	
INFORMACIÓN DE LA TRANSACCIÓN		
Tipo: Llamada a solicitar autorización	Regimen: Contributivo - POS - Evento	
Motivo: Ninguno	Fecha Vencimiento: 07 Dic 2020	
Diagnóstico: M84.0	Nap Anterior:	
Ubicación paciente: Ambulatorio	No. Solicitud: 06102020073573	
Origen Servicio: Enfermedad General	No. Prescripción:	
AUTORIZACIONES		
Código	Cant.	Nombre
9308000000	1	INMOVILIZACION O MANIPULACION ARTICULAR INESPECIFICA SCD

Imagen #4:

SaludTotal

Página 1 De 1

**AUTORIZACIÓN PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO POR
UTILIZAR EN LA IPS**

No. Autorización: _____ Fecha y Hora: 10 Jun 2020 16:36 PM

ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO	
Salud Total EPS	Código: EP3032

INFORMACIÓN DEL PACIENTE	
Tipo Documento: Cedula de Ciudadanía	Documento: 21395121
Nombre: INES ELENA VALENCIA VALENCIA	Fecha Nacimiento: 06 Ago 1956
Dirección: CR 51 NUMERO 66 102 MIRADOR BELLO	Teléfono: 8028545
Departamento: ANTIOQUIA	Municipio: Bello
Teléfono Celular: 3003039224	E-Mail: dczv33@gmail.com

INFORMACIÓN PRESTADOR	
Nombre: FUNDACION CLINICA DEL NORTE	Nit: 900421895 Código: 18839
Dirección: AV 38 DG 59-50	Teléfono: 4481270
Municipio: Bello	Departamento: ANTIOQUIA

INFORMACIÓN DE LA TRANSACCIÓN	
Tipo:	Regimen: Contributivo - POS - Evento
Motivo: Ninguno	Fecha Vencimiento: 07 Dic 2020
Diagnóstico: M94.0	Nap Anterior:
Ubicación paciente: Ambulatorio	No. Solicitud: 06102020073573
Origen Servicio: Enfermedad General	No. Prescripción:

AUTORIZACIONES		
Código	Cant	Nombre
0442180000	1	DESCOMPRESION DE NERVO EN MANO VIA ABIERTA

Imagen #5:

Salud Total Página 1 De 1

**AUTORIZACIÓN PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO POR
UTILIZAR EN LA IPS**

No. Autorización: Fecha y Hora: 10 Jun 2020 10:44 PM

ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO		
Salud Total EPS	Código: EP3002	
INFORMACIÓN DEL PACIENTE		
Tipo Documento: Cedula de Ciudadanía	Documento: 21396121	
Nombre: INES ELENA VALENCIA VALENCIA	Fecha Nacimiento: 08 Ago 1956	
Dirección: CR 51 NUMERO 66 102 MIRADOR BELLO	Teléfono: 6028545	
Departamento: ANTIOQUIA	Municipio: Bello	
Teléfono Celular: 3003039224	E-Mail: dcv33@gmail.com	
INFORMACIÓN PRESTADOR		
Nombre: FUNDACION CLINICA DEL NORTE	Nit: 900421895 Código: 18839	
Dirección: AV 38 DG 66-50	Teléfono: 4481270	
Municipio: Bello	Departamento: ANTIOQUIA	
INFORMACIÓN DE LA TRANSACCIÓN		
Tipo:	Regimen: Contributivo - POS - Evento	
Motivo: Ninguno	Fecha Vencimiento: 07 Dic 2020	
Diagnóstico: M84.0	Nap Anterior:	
Ubicación paciente: Ambulatorio	No. Solicitud: 09102020073573	
Origen Servicio: Enfermedad General	No. Prescripción:	
AUTORIZACIONES		
Código	Cant	Nombre
817204950	1	LICAMENTORRAFIA O REPERFORACION DE LIGAMENTOS VIA ABIERTA

De lo expuesto que se configure lo que la jurisprudencia y doctrina han denominado carencia actual de objeto por hecho superado en punto a este aspecto, toda vez que encontrándose en curso la presente acción de tutela, la autoridad accionada se pronunció frente a los pedimentos de la parte actora.

Al respecto, la Corte Constitucional, entre otras, en sentencia CC T-086 de 2020, tuvo la oportunidad de estudiar el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, frente a lo cual expuso:

"[...] El hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que "carece" de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor [...]"

En efecto, en el caso bajo estudio se torna improcedente la presente acción jurisdiccional, como quiera que la situación del que se reputa la presunta violación de los derechos de la parte demandante fue superada, en tanto, que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, toda vez que el servicio de salud, configuraba la inconformidad de la demandante y objeto principal del presente jurisdiccional, el cual ya se encuentra surtido.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 05 de junio de 2020 proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para en su lugar **ABSOLVER** a SALUD TOTAL EPS de las pretensiones incoadas en su contra por la señora INES ELENA VALENCIA VALENCIA.

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. REVOCAR la sentencia proferida el 05 de junio de 2020 proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para en su lugar **ABSOLVER** a SALUD TOTAL EPS de las pretensiones incoadas en su contra por la señora INES ELENA VALENCIA VALENCIA, 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 2020-00744-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE
PAUL GARZÓN
DEMANDADO: EPS ECOPSOS SAS
ASUNTO : APELACIÓN (Demandada)

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 21 de mayo de 2020.

Previo a resolver de fondo la presente decisión, fue remitido por correo electrónico renuncia presentada por el apoderado de la parte demandante (fl. 13), por lo tanto se **ACEPTA RENUNCIA** del Dr. Luis Fernando Castro Majé, identificado con C.C. No. 7.716.308 de Neiva, y T.P. No. 139.356 del C. S de la J.

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

I. ANTECEDENTES

La ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL GARZÓN, actuando a nombre propio, presentó ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** en contra de la EPS ECOPSOS SAS, en desarrollo de su función jurisdiccional a efectos de que se ordene el pago de las facturas de prestación de

servicios de salud relacionadas, a favor de la demandante, por las siguientes sumas de dinero:

1. Por la suma de \$54.087 saldo insoluto de la factura de venta No. 2411142, radicada y presentada para su pago el día 9/05/2018, más los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, desde la fecha en que se hizo exigible y hasta que se verifique su pago.
2. Por la suma de \$202.300 saldo insoluto de la factura de venta No. 2416645, radicada y presentada para su pago el día 9/05/2018, mas los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, desde la fecha en que se hizo exigible y hasta que se verifique su pago.
3. Por la suma de \$72.900 saldo insoluto de la factura de venta No. 2419904, radicada y presentada para su pago el día 9/05/2018, mas los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, desde la fecha en que se hizo exigible y hasta que se verifique su pago.
4. Por la suma de \$1.219.617 saldo insoluto de la factura de venta No. 2420351, radicada y presentada para su pago el día 9/05/2018, mas los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, desde la fecha en que se hizo exigible y hasta que se verifique su pago.
5. Por la suma de \$1.219.617 saldo insoluto de la factura de venta No. 2453925, radicada y presentada para su pago el día 13/07/2018, mas los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, desde la fecha en que se hizo exigible y hasta que se verifique su pago.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que la ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL DE GARZON brindó atención médica en el servicio de urgencias, de acuerdo a su nivel de complejidad a los afiliados (cotizantes y beneficiarios) de ECOOPSOS ESS EPS-S. Que como consecuencia de lo anterior, se generaron por concepto de servicios de salud brindados a sus afiliados en el servicio de urgencias las siguientes facturas No: 2411142, 2416645, 2419904, 2420351 y 2453925. Que las anteriores facturas de venta de servicios de salud, con el lleno de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario, junto con los soportes de que trata el anexo técnico No. 5 de la Resolución 3047 de 2008, fueron debidamente radicadas mediante relación de cobro para su pago en ECOOPSOS ESS EPS-S, por lo tanto cuentan con el sello de recibido donde se constata la fecha de radicación, documentos públicos, razón por la cual se presumen auténticos y reúnen la totalidad de los requisitos exigidos.

No obstante lo anterior, ECOOPSOS ESS EP-S, devolvió las facturas, cuya causal confrontada con la normatividad vigente, resulta INJUSTIFICADA, como quiera que el servicio de AIU es un servicio que desde la Ley 715 de 2001 debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas, por lo tanto no puede ser de recibo objetar el pago con el argumento de que no fue solicitada autorización oportunamente.

Manifiesta además que los servicios de salud prestados no son electivos, sino que por el contrario provienen directamente desde el servicio de urgencias (AIU), servicio que debe ser prestado en cumplimiento del deber legal de la ESE de manera obligatoria a quien lo requiera, sin que para ello medie autorización o contrato con la entidad responsable del pago, facturas que se relacionan a folios 2 y 3 del expediente.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, mediante providencia del 21 de mayo de 2020, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, decidió **ACCEDER** a las pretensiones formuladas por la ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL DE GARZON en contra de la ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD ECOOPSOS ESE PES-S.

En consecuencia, **DECLARÓ INFUNDADAS** las devoluciones/glosas formuladas por la ENTIDAD COOPERATIVA SOLIDARIA DE SALUD EXOOPSOS ESS EPS-S a las facturas No. 2411142, 2416645, 24199014, 2420351 y 2453925, y en consecuencia **ORDENÓ** su pago por valor de \$1.705.943, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a favor del ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL DE GARZON.

ACLARÓ que el monto total de la factura 2453825 es de \$157.039 y no de \$1.219.618 como lo precisó la parte demandante en el numeral cinco del acápite de pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación, la demandada interpuso recurso de apelación, en contra de la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DE SALUD del 21 de mayo de 2020, teniendo en cuenta que la devolución de las facturas 2211142, 2416645, 2419904, 2420351 y 2453925 se realizó en virtud de las causales establecidas en la Resolución 3047 de 2008 y la Resolución 4331 de 2012, expedidas por el Ministerio de Salud, no obstante la ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL DE GARZON no subsanó las causales de devolución.

Señala que las causales de devolución descritas se notificaron a la entidad actora en debida forma y con los sustentos que dieron lugar a las inconformidades propuestas por la entidad responsable de pago, tal y como se relaciona a folio 159 vuelto.

Que al no recibir subsanación por el prestador del servicio, la accionada reiteró las objeciones formuladas, quedando como inconformidades definitivas.

Así pues, el Decreto 4747 de 2007 y la Ley 1438 de 2011, la Resolución 3047 de 2008 y la Resolución 4331 de 2012 establecen los procedimientos que deben seguirse respecto de las glosas y las facturas devueltas, por lo tanto la EPS demandada no actuaba en contravía de la normativa aplicable, por el contrario, con plena observancia de esta cumplió a cabalidad los procesos descritos en el momento de formular las devoluciones a que hubo lugar, razón por la cual solicita revocar en su integridad la sentencia recurrida.

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:

Observa la Sala, que la accionante ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL DE GARZON acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se definiera en su favor el reconocimiento y pago de la facturas de venta, con ocasión de la prestación del servicio de salud de urgencias.

La accionada se niega al pago de las facturas No. 2411142, 2416645, 2419904, 2420351 y 2453925 por no informe inicial en atención de urgencias y/o por no haber existido autorización principal o no corresponder.

Así pues, se procede a revisar cada una de las facturas y su causal de devolución:

1. Factura de venta No. 2411142

Causal de devolución: *"Se realiza devolución de la factura con sus respectivos soportes, de acuerdo al acta de verificación efectuada con el departamento de autorizaciones, el día 31/07/2018, donde se evidencia el no cumplimiento de los requisitos establecidos en la resolución 3047 de 2008, frente al envío oportuno y soportado de la solicitud de autorización."*

No obstante lo anterior, se despacha desfavorablemente la causal esgrimida por la accionada, como quiera que respecto de ésta factura, el paciente fue atendido el día 8 de abril de 2018, conforme se observa a folios 23 y 24 del expediente, fecha en la que la demandante, remitió a la accionada tres (3) correos electrónicos solicitando la autorización de la prestación del servicio, sin obtener respuesta al respecto.

2. Factura de venta No. 2416645

Causal de devolución: *"Se realiza devolución de la factura con sus respectivos soportes, de acuerdo al acta de verificación efectuada con el departamento de autorizaciones, el día 31/07/2018, donde se evidencia el no cumplimiento de los*

requisitos establecidos en la resolución 3047 de 2008, frente al envío oportuno y soportado de la solicitud de autorización.", con fecha del 17 de abril de 2018.

Debe precisarse que de conformidad con la documental visible a folios 34 a 50 del plenario, la anterior causal de devolución resulta infundada, como quiera que la misma corresponde al valor de ayuda diagnóstica, como complemento de servicios facturados por estancia hospitalaria del usuario quien fue atendido entre el 18 de febrero de 2018 y el 5 de marzo de 2018, situación que fue puesta en conocimiento de la accionada mediante tres (3) correos electrónicos solicitando autorización, sin obtener respuesta alguna, por lo que resulta infundada la glosa traída a colación.

3. Factura de venta No. 2419904

Causal de devolución: *Fechada del 23 de abril de 2018, en el que se indica "Se realiza devolución de la factura con sus respectivos soportes, de acuerdo al acta de verificación efectuada con el departamento de autorizaciones, el día 31/07/2018, donde se evidencia el no cumplimiento de los requisitos establecidos en la resolución 3047 de 2008, frente al envío oportuno y soportado de la solicitud de autorización".*

Causal de devolución que se encuentra totalmente infundada, como quiera que se acreditó dentro del plenario, de conformidad con los folios 64 a 66 del expediente, que se le remitió a la accionada tres (3) correos electrónicos solicitando autorización, sin obtener respuesta alguna.

4. Factura de venta No. 2420351

Causal de devolución: *"Se realiza devolución de la factura con sus respectivos soportes, de acuerdo al acta de verificación efectuada con el departamento de autorizaciones, el día 31/07/2018, donde se evidencia el no cumplimiento de los requisitos establecidos en la resolución 3047 de 2008, frente al envío oportuno y soportado de la solicitud de autorización", causal generada el 24 de abril de 2018.*

Causal que se encuentra infundada, como quiera que la prestación del servicio de salud al usuario se realizó los días 21 y 22 de abril de 2018, conforme las documentales que reposan a folios 76 a 81 del plenario, lo que llevo a la parte

actora a solicitar autorización a la demandada mediante seis (6) correos electrónicos, sin obtener respuesta alguna.

5. Factura de venta No. 2453925

Causal de devolución: *"Se realiza devolución de la factura con sus respectivos soportes, de acuerdo al acta de verificación efectuada con el departamento de autorizaciones, el día 31/07/2018, donde se evidencia el no cumplimiento de los requisitos establecidos en la resolución 3047 de 2008, frente al envío oportuno y soportado de la solicitud de autorización".*

La anterior causal carece de sustento, como quiera que si bien se acredita que la prestación del servicio de salud se realizó el 23 de junio de 2018 (fls. 102 a 104), situación que fue puesta en conocimiento de la accionada mediante tres (3) correos electrónicos solicitando autorización, sin obtener respuesta alguna, por lo que resulta infundada la glosa traída a colación.

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 la prestación del servicio de salud, los cuales generaron las facturas que se mencionaron anteriormente, solicitando a la accionada la debida autorización, no solo una o dos veces, sino hasta 3 o incluso 6 veces mediante correo electrónico, sin obtener respuesta alguna, conforme los documentos allegados por la parte demandante.

Al respecto debe señalarse, que el artículo 7º del Decreto Ley 1281 de 2002 establece las condiciones para dirimir la presente controversia así:

"Artículo 7º. *Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.*

Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias."

Ahora bien, debe traerse a colación el artículo 186 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 67 de la Ley 715 de 2001 y la Circular No. 010 del 22 de marzo de 2006 del Ministerio de la Protección Social, los usuarios que acudieron para obtener servicios de salud de urgencias, no requieren autorización previa o contrato.

En ese orden de ideas, el ESE HOSPITAL DEPARTAMENTAL SAN VICENTE DE PAUL DE GARZON en cumplimiento de su deber y obligación legal, no solo prestó el servicio de salud de urgencias, sino que generó las respectivas facturas, solicitando previamente la debida autorización de servicios de salud a la accionada mediante correo electrónico, hasta 3 o 6 veces, según el caso, conforme la documental allegada al plenario, los cuales no fueron tachados por la accionada.

Lo anterior se colige conforme el informe de fecha 6 de febrero de 2020, expedido por la profesional de salud Janneth Villanueva Salinas, que conforma el equipo interdisciplinario de la Delegada de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, visible a folio 142 del expediente, en el que indicó que las causales de devolución en las 5 facturas objeto de la presente demanda no existen o no corresponde al prestador del servicio de salud, sin embargo se observa respuesta por parte de la demandante, subsanando la supuesta causal de devolución alegada, por lo que al validar los soportes que sustentan los argumentos del demandante, se evidencia que si bien la actora requirió a la accionada para que procediera con la respectiva autorización, ésta última no se pronunció, concluyendo que las causales de devolución son INFUNDADAS.

En ese sentido, el Anexo Técnico 6 de la Resolución 3047 de 2008 emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, denominado Manual Único de Glosas y Devoluciones, define glosa y devolución así:

Glosa: Es una no conformidad que afecta en forma parcial o total el valor de la factura por prestación de servicios de salud, encontrada por la entidad responsable del pago durante la revisión integral, que requiere ser resuelta por parte del prestador de servicios de salud.

Devolución: Es una no conformidad que afecta en forma total la factura por prestación de servicios de salud, encontrada por la entidad responsable del pago durante la revisión preliminar y que impide dar por presentada la factura. Las causales de devolución son taxativas y se refieren a falta de competencia para el pago, falta de autorización, falta de epicrisis, hoja de atención de urgencias u odontograma, factura o documento equivalente que no cumple requisitos legales, servicio electivo no autorizado y servicio ya cancelado. La entidad responsable del pago al momento de la devolución debe informar todas las diferentes causales de la misma.

Así pues, debe precisarse que la causal de devolución que aduce la demandada no es propiamente una glosa/devolución, pues la invocada no existe en la codificación de las mismas, es decir, no hay una que señale que puede ser objetada por "falta de autorización", pese a haber prestado un servicio de salud de urgencias, aunado al hecho que si se solicitó autorización, sin haber sido exigido, sin obtener respuesta alguna por parte de la accionada.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala comparte la decisión de primera instancia, siendo suficientes los argumentos expuestos 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 sentencia proferida el 21 de mayo de 2020 proferida 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 2021-00185-01

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

DEMANDANTE: LADY PAOLA BÁEZ MORA
DEMANDADO : CAFESALUD EPS SA Y MEDIMAS EPS SA
ASUNTO : APELACIÓN (Demandada)

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante LADY APOLA BÁEZ MORA, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 19 de junio de 2020.

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

I. ANTECEDENTES

La señora **LADY PAOLA BÁEZ MORA**, en nombre propio presento ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en desarrollo de su función jurisdiccional, solicitud de reconocimiento y pago por parte de **CAFESALUD EPS Y MEDIMAS EPS**, de la licencia de maternidad que le fuera expedida a su favor entre el 3 de julio al 19 de noviembre de 2017 (sic), por el término de 40 días.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que el 3 de julio de 2017 dio a luz a mellizos, por lo que el 13 de julio de la misma anualidad se acercó a las oficinas de **CAFESALUD EPS** en la ciudad de Pereira solicitando el pago de su licencia de maternidad, que ante la falta de respuesta se dirigió

nuevamente a las instalaciones donde le fue indicado que debía radicar nuevamente los documentos antes del 31 de agosto del mismo año antes de las 15:00 horas, en las oficinas de CAFESALUD EPS ubicadas en la AV. Carrera 68 de la ciudad de Bogotá, por lo que debió viajar de urgencia para entregar la documentación, siéndole indicado que el pago de la licencia se realizaría trascurridos 20 días. Finalmente, precisa que a la data no se ha cancelado por parte de la entidad la licencia de maternidad a la que tenía derecho.

Admitida la solicitud y corrido su traslado, la accionada CAFESALUD EPS, aclaró que la licencia de maternidad le fue otorgada a la demandante pero por el periodo comprendido entre el 3 de julio de al 18 de diciembre de 2017 liquidada por valor de \$4.509.129, y que su pago no pudo efectuarse teniendo en cuenta que la cuenta de la que era titular CAFESALUD EPS en el Banco de Bogotá destinada para la realizar el giro y pago de las prestaciones económicas y reembolsos, se encontraba embargada por orden judicial.

Por su parte MEDIMAS ESP, solicitó se negaran las pretensiones de la demanda, aludiendo que la entidad no se encontraba legalmente obligada al pago de las prestaciones causadas cuando no se había iniciado su operación, ni de las asignadas a su cargo por la Superintendencia Nacional de Salud en la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, por lo que correspondía a CAFESALUD EPS el pago de las prestaciones e incapacidades reclamadas que se causaran con anterioridad al 1 de agosto de 2017, como quiera que ésta había ejercido el aseguramiento de los servicios en salud hasta el 21 de julio de 2017, careciendo por ende de legitimación en la causa por pasiva para responder por el derecho reclamado

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, mediante providencia del 19 de junio de 2020, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, resolvió ACCEDER a las pretensiones presentadas por la señora LEIDY PAOLA BÁEZ MORA, y en consecuencia le ordenó a CAFESALUD EPS pagar a la demandante la suma \$747.061 y a MEDIMAS EPS la suma de \$2.988.246 con las actualizaciones monetarias correspondientes, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación, el apoderado de la accionada **CAFESALUD EPS** manifestó que dentro del presente proceso existe carencia de objeto por hecho superado – licencia de maternidad ya cancelada por parte de MEDIMAS EPS, toda vez que desde la contestación de la demanda se indicó que la licencia de maternidad deprecada se encontraba reconocida y liquidada por CAFESALUD con factura ILM477545 por un valor de \$4.509.129, pero que su pago se iba a realizar una vez se levantara el embargo de las cuentas maestras decretado por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla dentro del proceso 2016-0238.

Señala que la licencia de la aquí demandante se encontraba relacionada en las bases que fueron enviadas a la EPS MEDIMAS para su pago en virtud del auto del 26 de octubre de 2017, con radicado 25000023410002016-01314-00, que cursó en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección primera – Subsección “A”, en el cual se decretó medida cautelar de urgencia encaminada a que MEDIMAS EPS, a saber, citas, autorizaciones de servicios, entrega de medicamentos, pago de incapacidades y cumplimiento de las acciones de tutelas falladas contra CAFESALUD EPS con el propósito de que cese la amenaza del derecho colectivo de “acceso a la seguridad social en salud y a que su prestación sea eficiente y oportuna”, resaltando que en el resuelve se indicó que MEDIMAS EPS efectuaría el pago de las incapacidades reconocidas por CAFESALUD EPS, sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales.

Finalmente, señala que MEDIMAS EPS procedió a realizar el pago de dicha licencia mediante transferencia bancaria a la cuenta 43952118413 de Bancolombia por valor de \$4.509.129.

Por su parte, **MEDIMAS EPS** presentó recurso de apelación señalando que revisadas las bases de datos proporcionadas por CAFESALUD EPS, se lograba identificar que la entidad reconoció la licencia de maternidad de la demandante, la cual le fue pagada por MEDIMAS mediante pago manual bajo la factura GNO-PRES-1196 de 2018 como se relacionaba en el soporte de aprobación de pago de incapacidad de maternidad por 169 días por un valor de \$4.509.129, giro que podía ser reclamado una vez la tesorería confirmara el desembolso, en la cuenta de ahorros no. 43952118413 de Bancolombia.

Finalmente, solicitó se negaran las pretensiones de la demanda, por cuanto MEDIMAS EPS había gestionado el correspondiente proceso administrativo para el pago de la licencia de maternidad, conforme la novedad reportada en las bases de datos.

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, LADY APOLA BÁEZ MORA acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se definiera en su favor el reembolso de la licencia de maternidad que le fuera otorgada entre 3 de julio al 19 de noviembre de 2017.

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 LEIDY PAOLA BAÉZ MORA, al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la NUEVA EPS, y que le fue expedida una licencia de maternidad por 140 días, entre el 03 de julio de 2017 al 19 de noviembre de 2017.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO:

Las accionadas MEDIMAS y CAFESALUD EPS solicitan se revoque la decisión de primera instancia, y en su lugar se declare carencia actual de objeto por

hecho superado, por cuanto la licencia de maternidad de la señora LEIDY PAOLA BÁEZ MORA, se encontraba reconocida y liquidada por CAFESALUD EPS con factura ILM477545 por un valor de \$4.509.129, pero su pago se encontraba pendiente pues para la fecha la EPS tenía embargada las cuentas maestras decretado por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla dentro del proceso 2016-0238, cuenta que se tenía destinada para el pago de las prestaciones económicas.

No obstante lo anterior, si bien CAFESALUD EPS en su recurso de alzada aporta documental visible a folio 65, con la que pretende acreditar que eventualmente se realizó el pago condenado en primera instancia, tal como relación de pagos por transferencia detallada por proveedor, en el que se relaciona el pago por la factura ILM477545 por un valor de \$4.509.129, así como relación detallada de transacción visible a folios 66, de la misma no se puede extraer que la señora LEIDY PAOLA BAEZ MORA recibió efectivamente el pago producto de la sentencia proferida en primera instancia.

Por otro lado, si bien MEDIMAS EPS allega la documental que reposa a folio 75, en el que se evidencia autorización de giro de licencia de maternidad correspondiente del 3 de julio de 2017 al 18 de diciembre de 2017, generada en vigencia de Cafesalud en liquidación, indicando que se encuentra *"reportada en la onceava base de lo reconocido por Cafesalud, otorgadas a la señora LEIDY PAOLA BAEZ MORA (...), pagada por MEDIMAS EPS mediante pago manual, bajo la factura GNO-PRES-1196-2018 por valor total de \$4.509.129"*.

No obstante lo anterior, se evidencia de la misma documental que se indica lo siguiente:

*"El giro podrá ser reclamado una vez **tesorería** confirme el desembolso, en la cuenta de ahorro No. 43952118413 de Bancolombia"*

En ese sentido, no se logra acreditar con la documental allegada que efectivamente se haya realizado el pago a favor de la demandante, pues tan solo se aporta una relación de pagos por transferencia, y un correo del cual estaría pendiente la confirmación del desembolso por parte de tesorería, razón por la cual no resulta procedente revocar la sentencia proferida en primera instancia a efectos de declarar carencia actual de objeto por hecho superado.

Así pues, al no existir otro motivo de inconformidad por parte de las accionadas, y al encontrarse acreditados los requisitos para que sea reconocida la licencia de maternidad a favor de la señora LEIDY PAOLA BAEZ MORA, se **CONFIRMARÁ** el fallo apelado, sin perjuicio del pago eventualmente realizado por la demandada MEDIMAS EPS, a favor de la actora,

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 25 de noviembre de 2019 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 2021-00288-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: DEXTERA SAS
DEMANDADO: FAMISANAR EPS
ASUNTO : APELACIÓN (Demandada)

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 15 de octubre de 2019.

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

I. ANTECEDENTES

La sociedad DEXTERA SAS, actuando a nombre propio, presentó ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** en contra de la FAMISANAR EPS, en desarrollo de su función jurisdiccional a efectos de que le sea reconocida y pagada la licencia de paternidad disfrutada por el trabajador LARRY OSWALDO CASTRO CORREDOR.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que la esposa del trabajador LARRY OSWALDO CASTRO CORREDOR, esto es, la señora ANGIE NATHALY ESLAVA NIÑO, tuvo a su hija el día 21 de julio de 2017, tal y como lo

demuestra el registro civil de nacimiento que se anexa. Que el trabajador LARRY OSWALDO CASTRO CORREDOR a la fecha del nacimiento de su hija se encontraba vinculado a la empresa demandada DEXTERA SAS, desde el 10 de enero de 2017, realizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud dentro del régimen contributivo. Que antes de vincularse con la Compañía, anteriormente había cotizado desde el año 2002 al Sistema de Salud.

Indicó la empresa demandante DEXTERA SAS que pagó la licencia de paternidad al trabajador LARRY OSWALDO CASTRO CORREDOR, de acuerdo con los comprobantes de nómina que se adjuntan, sin embargo la EPS FAMISANAR se ha negado a pagar la licencia de paternidad, pues a su consideración no cumple con los periodos mínimos de cotización, lo cual no es cierto de conformidad con los documentos que se anexan.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, mediante providencia del 15 de octubre de 2019, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, decidió **ACCEDER** a las pretensiones formuladas por la sociedad DEXTERA SAS, y en consecuencia **ORDENÓ** a FAMISANAR EPS el reconocimiento y pago de la suma de \$600.000 a la sociedad DEXTERA SAS, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación, la demandada interpuso recurso de apelación, en contra de la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DE SALUD del 15 de octubre de 2019 a efectos de que sea revocada en su integridad, en virtud del inciso segundo del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en tanto que la licencia de paternidad corresponde a la radicación No._5544025 bajo el número de identificación No. 80803429, por 12 días con fecha inicial 21/07/2017, la cual se encuentra negada porque no cumple con las semanas de cotización, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1.13.3 del Decreto 780 de 2016 en los siguientes términos:

"Licencia de paternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de paternidad, conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá

que el afiliado cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al periodo de gestación de la madre y no habrá lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un periodo inferior al de la gestación."

En ese orden de ideas, manifiesta que el trabajador LARRY OSWALDO CASTRO presenta un retiro con la empresa FUNDACIÓN UNIVERSITARIA IBEROAMERICANA el 18 de noviembre de 2018 y luego presenta un ingreso el 10 de enero de 2017 con la empresa DEXTERA SAS, es decir, que la fecha de la licencia tiene cotizados 6 pagos por 30 días; uno por 18 y otro por 21 para un total de 219 días cotizados, frente a 259 que debe tener cotizados según las semanas de gestación registradas.

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:

Observa la Sala, que la accionante DEXTERA SAS acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se definiera en su favor el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad que le fuera concedida al trabajador LARRY OSWALDO CASTRO.

Conviene recordar que el reconocimiento de la licencia de paternidad, tienen como fundamento lo previsto en los artículos 42 y 44 de la CN, desarrollado en el principio del interés superior de los niños y niñas, que se garantiza con el cuidado y atención durante los primeros de su existencia, acompañados por su madre y padre, consistente en un periodo remunerado que se otorga al padre trabajador, para que

acompañe y cuide al menor, contando con los recursos económicos para garantizar su mínimo vital. (Sentencia T-190 de 2016)

Su reconocimiento, fue inicialmente dispuesto en la Ley 50 de 1990 sujeto a la cesión de una semana de la licencia de maternidad a la licencia de paternidad conforme lo contemplado el artículo 34 norma, pero su consagración como prestación autónoma operó con la expedición de la Ley 755 de 2002, mediante la cual se modificó el artículo 236 del CST, que establecía como requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad por 8 días: a. Que el padre presentara el Registro de Nacimiento del menor a la EPS dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento y B. Que el padre hubiera cotizado efectivamente durante las 100 semanas previas al reconocimiento de la licencia.

Este último requisito fue considerado desproporcionado al exigir un número superior de semanas cotizadas que las requeridas para la licencia de maternidad, por lo que mediante sentencia C-663 de 2009 se declaró inexecutable la expresión de 100 semanas, condicionando la exequibilidad de la norma a que se entendiera que se requería que el padre hubiera cotizado efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia de maternidad, señalando que las EPS sólo podían exigir el número de semanas de cotización que correspondían al periodo de gestación, en los términos de la licencia de maternidad.

Posteriormente, la Ley 1468 de 2011 derogó la anterior y modificó nuevamente el artículo 236 del CST, estableciendo como requisitos para el pago de la licencia de paternidad, que se presentara el registro civil del menor ante la EPS dentro de los 30 días siguientes al nacimiento y que el padre cotizara durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia.

Por su parte, el artículo 80 del Decreto 2352 de 2015, precisó que para disfrutar de la licencia de paternidad, se requería que el afiliado cotizante hubiera efectuado aportes durante los meses que correspondieran al periodo de gestación de la madre, sin que hubiera lugar al pago proporcional por cotizaciones, cuando éstas fueran inferiores a lapso de la gestación. Norma que fue compilada en los mismos términos en el artículo 2.1.13.3 del Decreto único Reglamentario 780 de 2016.

Finalmente, la Ley 1822 de 2017 modificó el artículo 236 del CST, señalando en su parágrafo 2º como requisitos para el reconocimiento de la licencia de paternidad, la presentación del Registro Civil de Nacimiento dentro de los 30 días siguientes a la data de nacimiento del menor y que el padre hubiera cotizado durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia de paternidad.

Frente a la interpretación de las "semanas previas" para acceder al pago de la licencia de paternidad, la Corte Constitucional en sentencias como T-114 de 2019, precisó:

Cotización de las "semanas previas" para acceder al pago de la licencia de paternidad

44. De acuerdo con el recuento realizado se observa que, desde la expedición de la Ley 755 de 2002 y hasta que se profirió la **Sentencia C-633 de 2009**, el padre del recién nacido que solicitara el pago de la licencia de paternidad debía cotizar durante las cien (100) semanas previas al nacimiento para acceder a dicha garantía laboral.

Como se advirtió, la **Sentencia C-633 de 2009** declaró la inexequibilidad de dicho requisito, pues de acuerdo con su ratio es válido que el Legislador exija un período mínimo de cotización para acceder al pago de la prestación con el fin de proteger el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud. No obstante, **dicho periodo mínimo debe ajustarse a parámetros de razonabilidad que no signifiquen un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales**. Así mismo, la decisión indicó que no se podría exigir la cotización de un número mayor de semanas a las que se exigía para reconocer el pago de la licencia de maternidad, en la medida que era la situación fáctica más cercana al caso concreto.

45. La Ley 1468 de 2011 derogó la Ley 755 de 2002, de manera que estableció un nuevo criterio legislativo según el cual se debía cotizar durante las "**semanas previas**" al reconocimiento de la licencia de paternidad, sin especificar el número mínimo de dichas semanas. De esa manera, el Legislador evitó reproducir el contenido de la norma declarado inexecutable por la **Sentencia C-633 de 2009** y generó un nuevo contexto normativo sustancialmente distinto al establecido por la Ley 755 de 2002.

46. Precisamente, a partir de dicho contexto normativo, algunas autoridades estatales entendieron que la disposición legal exigía la cotización mínima e ininterrumpida de dos (2) semanas al SGSSS para poder acceder al reconocimiento y pago de la respectiva licencia de paternidad. Dicha interpretación fue asumida específicamente por la Superintendencia de Salud, entidad de carácter técnico que funge como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS^[76].

En tal sentido, como lo manifestó la Superintendencia de Salud en su intervención en el presente proceso de tutela, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le son propias profirió múltiples pronunciamientos^[77] en los cuales sostuvo que se requería de la cotización mínima de **dos (2) semanas** al SGSSS para acceder a la licencia de paternidad. De conformidad con la mencionada entidad:

"(...) con la Ley 1468 de 2011, la cual modificó nuevamente el artículo 236 del C.S.T., y constituyó un cambio importante respecto a la licencia de

paternidad, apartándose por completo de la regulación existente para la licencia de maternidad, señalando los requisitos, beneficiarios y responsables de pago (...) La Ley 1468 de 2011 no determinó de forma expresa el periodo mínimo que debe ser cotizado por parte del padre, por el contrario, establece el requisito de una forma abstracta y amplia al expresar "semanas previas". Por lo tanto, a partir del año 2011, se estableció como requisito para acceder a la licencia de paternidad la cotización mínima de las 2 semanas previas al parto, sin que puedan admitirse interpretaciones soportadas en pronunciamientos judiciales que no se encuentran vigentes, o en normas que regulan situaciones jurídicas diferentes⁽⁷⁸⁾.

Ahora bien, se debe indicar que las afirmaciones antes presentadas, obedecían a un cálculo económico que pretendía el financiamiento de las licencias de paternidad sin desestabilizar el SGSSS bajo el principio del equilibrio financiero. Al respecto, la Superintendencia de Salud⁽⁷⁹⁾, indicó:

"En términos más puntuales, la financiación de la licencia de paternidad, tiene entre sus fuentes, las cotizaciones que realizan los afiliados, es decir, que el derecho a recibir el pago de la prestación económica, deriva de la participación del usuario como contribuyente. Lo que sustenta la lógica del equilibrio entre la cotización y la prestación económica recibida.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 14[6]8 de 2011 resulta congruente con los parámetros de equilibrio financiero por lo cual es absolutamente procedente el reconocimiento de una licencia de paternidad, que corresponde a 8 días hábiles, por la cotización de las 2 semanas previas. Interpretación que además procura la protección efectiva de los recién nacidos⁽⁸⁰⁾.

Tal entendimiento estuvo vigente en la mencionada entidad hasta que se expidió el Decreto 2353 de 2015 compilado en el Decreto 780 de 2016, el cual determinaba la necesidad de haber cotizado de manera ininterrumpida durante todo el periodo de gestación con el fin de reconocer el pago de la licencia de paternidad e impedía la realización de pagos proporcionales cuando se hubiera cotizado por un periodo inferior al de la gestación⁽⁸¹⁾.

47. Con la expedición de la Ley 1822 de 2017, actualmente vigente y que derogó la Ley 1468 de 2011, el Legislador reiteró que se debía cotizar durante las "semanas previas" al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad. Por lo tanto, la Superintendencia de Salud retomó el criterio de exigir la cotización mínima de dos (2) semanas al sistema de salud con el fin de determinar el reconocimiento y pago de dicha licencia. No obstante, otras posturas, como la de la EPS accionada, exigen la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación.

(...)

Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera que la interpretación de la norma que supone como requisito para acceder al derecho a la licencia de paternidad la cotización efectiva de por lo menos dos semanas al SGSSS es razonable de conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia, en la medida que garantiza la protección del SGSSS y protege en una mayor medida los derechos fundamentales que la interpretación de la norma que sugiere la remisión a las reglas jurisprudenciales de la licencia de maternidad. Por lo tanto, en atención al principio constitucional de "in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio", la Sala determina que dicha interpretación de la norma debe prevalecer para resolver el caso concreto."

Conforme la jurisprudencia citada se advierte, que antes de la expedición del Decreto 2353 del 3 de diciembre de 2015, la interpretación dada a la modificación

efectuado por la Ley 1468 de 2011 referida a la expresión "las semanas previas" tendía a establecer, que la norma exigía una cotización mínima e ininterrumpida de dos semanas al Sistema General de Seguridad Social para el reconocimiento de la licencia de paternidad, precisándose que sólo hasta diciembre de 2015 para acceder a la prestación se requería haber cotizado de forma ininterrumpida durante todo el periodo de gestación, sin que fuera posible la realización de pagos proporcionales cuando se cotizaran periodos inferiores, interpretación que se hasta la expedición de la Ley 1822 de 2017, al perder fuerza ejecutoria por el fenómeno jurídico del decaimiento del acto administrativo por la derogatoria de la norma que le servía de sustento material, o que en caso de considerarse que aún contaba con fuerza ejecutoria, debía inaplicarse por excepción de inconstitucionalidad, al resultar contraria a la jurisprudencia constitucional y vulnerar los derechos de los beneficiarios.

Igualmente, en dicho pronunciamiento se indicó que la interpretación que sugería la necesidad de haber cotizado por lo menos dos semanas al SGSSS, tanto en el caso de la Ley 1448 de 2011 como de la Ley 1822 de 2017, era coherente con la *ratio decidendi* de la sentencia C-663 de 2009, en atención a que se maximizaba la protección de los derechos fundamentales del beneficiario y su familia, y se garantizaba el equilibrio financiero del sistema de salud, como lo indicaban los múltiples pronunciamientos de la Superintendencia Nacional de Salud como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS, pues la financiación de la licencia de paternidad, tenía entre otras, su fuente en las cotizaciones realizadas por los afiliados, teniendo el derecho a recibir el pago de la prestación, derivado de su participación como contribuyente.

Bajo tal marco normativo y jurisprudencial, se resolverán los motivos de inconformidad planteados, por lo que 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 afiliado del señor LARRY OSWALDO CASTRO CORREDOR al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la EPS FAMISANAR, conforme certificaciones por ésta expedida, así como el vinculado mediante contrato de trabajo por obra o labor desde el 10 de enero de 2017 con la empresa DEXTERA SAS, y que le fue expedida una licencia de paternidad entre el 21 de julio de 2017 al 1º de agosto de 2017.

Que la EPS FAMISANAR le negó el pago de la prestación a la sociedad accionante aludiendo que no cotizado durante todo el periodo de gestación, pues contaba sólo con 219 días cotizados.

Que ante dicha negativa, su empleador DEXTERA SAS, pago a su trabajador LARRY OSWALDO CASTRO CORREDOR el valor correspondiente a 12 días de la licencia de paternidad en la suma de \$450.000 (fl.16)

De lo expuesto, observa la Sala que el trabajador LARRY OSWALDO CASTRO CORREDOR cumplió con los requisitos exigidos por la norma vigente al momento de la causación de la prestación la artículo primero de la Ley 1468 de 2011¹ que modificó el artículo 236 del CST, un número superior a las dos semanas mínimas de cotización previa a la licencia de paternidad exigidas, por lo que, la sociedad demandante tendría derecho a su reconocimiento y pago, como quiera que ésta la canceló a su trabajador LARRY OSWALDO CASTRO CORREDOR.

Ahora bien, respecto al número de días a los que hace referencia la licencia de maternidad, la ley estableció el derecho al cónyuge o compañero permanente de la trabajadora, de disfrutar de 12 días hábiles de licencia remunerada de paternidad, por lo que para su no interrupción claramente incluyen el descanso remunerado que corresponde al trabajador, de tal suerte que la licencia debe pagarse en los mismos términos en los que fue expedida por la entidad, que conforme la documental allegada por la EPS a folio 11 mediante la cual se relaciona la concesión de la licencia de paternidad del 21 de julio de 2017 al 01 de agosto de

¹ ARTÍCULO 1o. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

(...)

PARÁGRAFO 1o. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

2017, periodo por el cual debe cancelarse la prestación, como se indicó en la decisión de primera instancia.

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 sentencia del 15 de octubre de 2019 proferida 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
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 03-2020-00028-01

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: YOLANDA PINEDA PINEDA

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS S.A.**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de marzo de 2021, 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.87)

La parte demandante (fls.81-83), la parte demandada Colpensiones (fls.85-86) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 2 de agosto de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Yolanda Pineda Pineda instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Declaraciones:

1. Se declare que la señora Yolanda Pineda Pineda, no fue asesorada e informada en debida forma por parte de la AFP Colfondos S.A., en el año 2000, de las implicaciones y consecuencias jurídicas y económicas que generaba su traslado y afiliación al RAIS.
2. Se declare que no hubo un asesoramiento con información verdadera, eficaz y completa, por parte de la AFP Colfondos S.A., en relación a la forma, tiempo y monto de la mesada pensional que recibiría la señora Yolanda Pineda Pineda al momento de pensionarse, por el cumplimiento de los requisitos legales.
3. Se declare que la AFP Colfondos S.A., engañó a la demandante al haberla llevado a que tomara la decisión de desafiliarse del régimen de prima media con prestación definida en el año 2000, prometiendo mejores beneficios económicos que los ofrecidos por el entonces ISS hoy Colpensiones, motivo por el cual opero el mencionado traslado.
4. Se declare que la AFP Colfondos S.A., al realizar el cálculo de proyección de la mesada pensional de la señora Yolanda Pineda Pineda, estableció unas condiciones diferentes que vulneraron los derechos adquiridos de la demandante.
5. Se declare que AFP Colfondos S.A., al proyectar una mesada pensional en un valor inferior al salario que actualmente devenga la demandante, genera

una afectación económica de los derechos pensionales de la señora Yolanda Pineda Pineda.

6. Se declare que la flagrante vulneración y el engaño a la demandante Yolanda Pineda Pineda, por parte de la AFP Colfondos S.A., le genera una afectación a su vida digna y a su mínimo vital, al momento de pensionarse.
7. Se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación, y del traslado realizado el día 02 de octubre de 2000 a la AFP Colfondos S.A., por parte de la señora Yolanda Pineda Pineda.
8. Se declare que AFP Colfondos S.A. debe proceder a trasladar a Colpensiones, la totalidad de lo ahorrado por la señora Yolanda Pineda Pineda, en su cuenta de ahorro individual, con todos los valores e intereses que hubiese obtenido con motivo de la afiliación a este fondo.

Condenas:

1. Se ordene a AFP Colfondos S.A. a que proceda a trasladar a la señora Yolanda Pineda Pineda, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.
2. Se ordene a Colpensiones la aceptación del traslado o regreso de la señora Yolanda Pineda Pineda, al régimen de prima media con prestación definida.
3. Se ordene a la AFP Colfondos S.A., el traslado de la totalidad de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos su frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la señora Yolanda Pineda Pineda.
4. Se ordene a Colpensiones, previo el traslado efectivo de la totalidad de los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora Yolanda Pineda Pineda, a que incorpore y reciba todas las sumas anteriormente mencionadas y las compute como semanas cotizadas en su historial laboral.
5. Se condene a AFP Colfondos S.A y a Colpensiones al pago de las costas y gastos procesales en los que se incurran durante el trámite del proceso.
6. Se condene a AFP Colfondos S.A. y a Colpensiones, de manera extra y ultra petita de acuerdo con lo que resulte probado dentro del trámite del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.76 medio magnetico) y AFP Colfondos SA (fls.75 medio magnetico), de acuerdo al auto del 29 de enero de 2020, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 3 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 9 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la demandante Yolanda Pineda Pineda del RPM administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones, al RAIS administrado por AFP Colfondos S.A., realizado el día 2 de octubre del año 2000, para entender vinculada a la demandante, en forma valida al régimen solidario de prima media administrado por Colpensiones. **CONDENÓ** a la AFP Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante, 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, sin descuento alguno. **ORDENÓ** a Colpensiones, a aceptar el traslado de dineros que efectue Colfondos S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante Yolanda Pineda Pineda, como si nunca se hubiese trasladado del RPM, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado. **DECLARÓ** no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada Colpensiones. **CONDENÓ** en costas, incluidas las agencias en derecho a las demandadas AFP Colfondos y Colpensiones, las que se tasan en la suma de un millón (\$1.000.000) a cargo de cada una. **ORDENÓ** remitir al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Se aparta de las consideraciones esbozadas por el juez al proferir la sentencia, en primer lugar, en lo que respecta al principio de sostenibilidad financiera del sistema. La apoderada reconoce que los fundamentos de las sentencias que se presentan en esta clase de proceso de ineficacia distan de lo manifestado por la Corte Constitucional, dice que no es óbice para no señalar, no hacer un estudio o hacer un alto frente a la implicaciones o las consecuencias negativas que le acarrea a Colpensiones, estas declaratorias de ineficacia con la consecuencia de la vinculación de los demandantes al régimen de prima media con prestación definida.

Manifiesta que si bien la Corte Suprema de Justicia aún no ha emitido un pronunciamiento de fondo al respecto, dice que esto no quiere decir que no se hayan generado pronunciamientos en los cuales se evidencie ese perjuicio en el cual se le presenta a Colpensiones y referencia lo dicho por el Magistrado Lorenzo Torres Russi en el salvamento de voto dentro de la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del proceso ordinario con radicado 032019050 en el cual señaló la afectación que le genera Colpensiones frente a esta clase de procesos de las ineficacias del traslado, manifestando que es dable recordar que los fondos tiene un modelo de financiación diferente, razón por la cual, ser el régimen de prestación definida un sistema de reparto simple, sí se llega evidenciar ese perjuicio del principio de sostenibilidad financiera.

Solicita a los honorables Magistrados tengan en cuenta, que si bien existe una línea pacífica y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, sería importante entrar a analizar cuál sería la afectación y la repercusión que, a futuro, generaría al régimen de prima media con prestación definida la declaratoria de ineficacia esta clase de procesos, con su consecuencia ya enunciada, más aun cuando esta clase de procesos, pululan dentro del ordenamiento, que se presenta y diariamente se está ordenando a Colpensiones tener muchos afiliados que venían del régimen ahorro individual con solidaridad y que no han efectuado ningún tipo de cotizaciones por más de 20 años, en el caso particular, por un periodo superior a 15 años.

También señala que lo que respecta a interrogatorio de parte de la demandante, si bien no se puede señalar como una confesión, es importante que, en la demanda, en el hecho cuarto se señala que a la demandante se le manifestaron ciertas circunstancias frente a su mesada pensional, pero en el interrogatorio de parte señala que fue una información global, por lo que entonces, según expresa la apoderada, no se estaría frente a una ineficacia de una afiliación por presuntos vicios del consentimiento cuando, en específico, en lo que concierne al caso de la demandante no se le efectuó ningún tipo de manifestación que la conllevara a algún engaño o error al momento en el que decidió, libre y voluntariamente su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Señala que esa negligencia que se está presentando en los afiliados por cuanto únicamente es que se vienen a preocupar por su situación pensional, cuando ya están a puertas de adquirir las edades de pensión, obligando entonces, a Colpensiones a recibirlos, una vez declarada la ineficacia en el régimen de prima media, imponiéndole la obligación de efectuar reconocimientos pensionales a futuro.

Finaliza poniendo de presente a los Honorables Magistrados la falta de injerencia de que tuvo en ese entonces el otroro instituto de los seguros sociales al momento en que la demandante decidió, reitero, libre y voluntariamente, efectuar su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 2000, razón por la cual no tendría por qué endilgársele algún tipo de consecuencia negativa a Colpensiones frente a un negocio jurídico, del cual no participó y no celebró.

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 **Yolanda Pineda Pineda** el día 2 de octubre de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Colfondos 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 2 de octubre de 2000 con efectividad a partir del 1° de diciembre de 2000 (fl.75 medio magnético pagina 8)

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 por 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 de la demandante. AFP Colfondos SA aportó: estado de la afiliación, historial asofondos SIAFP, formulario de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 de octubre de 2000, 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 2000, la demandante tenía 341 semanas (fl.46) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 5 de octubre de 1962 – fl 45) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM una vez cumpla el número de semanas exigidas, (La edad la cumplió en 2019 y actualmente ha cotizado más de 1277 semanas fl.46), 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 con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, 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 S.A.

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 **Yolanda Pineda Pineda** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos S.A. el 2 de octubre de 2000.

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 la apelante Colpensiones, habrá lugar a condenarlo 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 9 de marzo de 2021 por el juzgado 3 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones 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. 1100131050320200002801)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 1100131050320200002801)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 1100131050320200002801)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 07-2019-00104-01

Bogotá D.C., septiembre Veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: ALBERTO CASTAÑEDA GOMEZ

**DEMANDADO: AFP PORVENIR SA
COLPENSIONES**

**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 (Porvenir SA y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 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 Simón Enrique Angarita Villamizar con tarjeta profesional No. 271 911 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl 9)

La parte demandada Colpensiones (fls 4-9) presento alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 25 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Alberto Castañeda Gómez instauró demanda ordinaria laboral contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Y AFP Porvenir SA, debidamente sustentada como aparece a folios 4 (expediente digital "Cuaderno principal.pdf") con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia del traslado que Alberto Castañeda Gómez efectuó al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 22 de junio de 2000.
2. Que se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, a la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones.
3. Que se ordene a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones, proceder a aceptar el traslado del señor Alberto Castañeda Gómez, del régimen de ahorro individual, al de prima media con prestación definida.
4. Condenar a las demandadas en caso de oposición al pago de las costas y gastos del proceso y a las agencias en derecho respectivas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fl 73 expediente digital "Cuaderno principal.pdf") y AFP Porvenir SA (fl 133 expediente digital "Cuaderno principal.pdf") de acuerdo al auto del 3 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 10 de diciembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y el traslado realizado por El señor Alberto Castañeda Gómez con la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA el 22 de junio de 2000 contenida en formulario No. 445703 **ORDENÓ** a Porvenir SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor Alberto Castañeda Gómez 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, **ORDENÓ** a Porvenir a devolver todos los gastos de administración y comisiones o cualquier otro emolumento, que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del

demandante mientras estuvo vigente la afiliación declarada ineficaz con ese fondo privado, valores que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de actualización monetaria **ORDENÓ** a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS. **DECLARÓ** no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones, y la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Porvenir SA, dadas las resultas del proceso **CONDENÓ** en costas a Porvenir SA y a favor del demandante las agencias en derecho por la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, Sin costas a cargo de Colpensiones **REMITE** en CONSULTA a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La apoderada presenta recurso sustentado por la declaración de nulidad, manifiesta que se debe verificar que se trata de una persona libre, plenamente capaz, que no había ningún vicio en el consentimiento como error fuerza o dolo, se trae a colación ley 153 de 1887 art 17 que habla sobre las expectativas que no constituyen un derecho en contra de una ley nueva que las anule, la caducidad de la inscripción del formulario de afiliación conforme al art 1750 del CC que señala 4 años para solicitarlo, debe tenerse en cuenta también los principios de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y que nadie puede alegar su propia culpa, y que hay hechos sobrevinientes que no se pueden prever al momento de la afiliación, se reserva el derecho a ampliar la apelación en caso de ser necesario.

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

El apoderado presenta recurso de apelación toda vez que considera es deber de los jueces dar cumplimiento al principio de legalidad, tal y como lo establece el art 230 de la constitución política, sostiene que la jurisprudencia como la doctrina son auxiliares de la justicia, según la parte ante una legalidad establecida en el sistema general de pensiones no se puede traer a colación solo decisiones basadas en

sentencias en los altos tribunales de justicia, manifiesta que hay que establecer que en este caso se dice que hay ineficacia en el traslado del demandante ocurrido en el año 2000, pero sostiene que hay que recordar que ese traslado lo hizo el demandante de manera libre y voluntaria, es decir, acogándose a unos términos según la ley 100 del 93 art 13, así mismo sostiene que, el demandante no ha sido objeto de coacción o no se probó en el proceso que su disposición del traslado haya sido contrario a ley, o que haya tenido un objeto o causa ilícita o que sea una persona absolutamente incapaz conforme al art 899 del código de comercio, que es cuando se establece que es nulo un negocio jurídico cuando ocurre una de esas tres causales, y en remisión a ese artículo también trae a colación lo expuesto por el código civil colombiano que ante los vacíos de la ley del régimen de pensiones se debe acudir a él, como el art 1741 cuando dice que hay nulidad por objeto o causa ilícita, y la nulidad por la omisión de un requisito formal, ya que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la nulidad de ella, de tal manera que, manifiesta que la persona era mayor de edad, capaz cuando se trasladó en el año 2000, una persona que no fue objeto de presión etc., dice el apoderado que, pasados 20 años no se puede decir que fue engañado de ese primer traslado, máxime cuando en ese entonces no tenía ninguna expectativa como bien lo sustentó la apoderada de Colpensiones respecto de regímenes anteriores al de la ley 100 que es la opción que la corte constitucional en su interpretación le otorga al art 36 de la ley 100 de 1993, así mismo, dice que sobre el deber de información el decreto 663 de 1993, exige a todas las entidades incluidos los fondos de pensiones que pertenecen a lo que se denomina el sector financiero, en ninguna parte consta en ese art 97 que deba quedar notas escritas, proyecciones entre otros, sobre lo que ha de suceder cuando el demandante alcance la edad pensional de 62 años, a cumplirse en el año 2017-2018, no existe nadie que pueda hacer una proyección a tantos años de diferencia para pregonar hoy en día como lo afirma el demandante que fue objeto de engaño, cuando realmente la razón es que en el año 2017 se percató que existía una diferencia entre una y otra pensión de lo que posiblemente iba a recibir, resalta que en ese momento no había nada consolidado, de tal manera que ese deber de información está sometido a esas reglas, insiste que ese deber de información y la doble asesoría apenas se construyeron en el año 2010 hasta llegar a la doble asesoría que fue por ley desde el año 2014, tema que lo tiene estudiado la supe financiera, manifiesta también que cuando se hace un análisis juicioso respecto del deber de información que se le daba a todos los afiliados del sistema de pensiones, es similar como cuando se va a abrir una cuenta corriente en el sentido que el banco explica cuáles son las características de la cuenta, y que con base en esa información de un asesor

comercial en cualquier sucursal bancaria, se decide firmar la apertura de esa cuenta corriente, de resto no existe otra información que le exija al banco que tiene que tener más constancias para la vinculación, manifiesta que igual sucede en el sistema de pensiones, ese fue la culminación de ese acto o negocio jurídico por lo que no tiene sentido que se presuma la nulidad o la ineficacia del traslado 20 años después como se está profiriendo la sentencia en el presente proceso, por cuanto no existe ni ha aprobado el demandante que haya sido engañado, pues la prueba siempre se exige a la persona que afirma un hecho, que tiene que probar, no debe ser entendido la carga dinámica de la prueba que si una persona afirma que no recibió la información es la contraparte la que debe probar lo contrario, no es la forma como se debe interpretar la carga dinámica, sino que la parte que afirma está en la obligación de probarlo, solicita al tribunal por lo anterior y lo realizado en el proceso, que se revoque la decisión del juez y absuelva al fondo privado.

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) señor(a) Alberto Castañeda Gomez el día 21 de junio de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente 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 Porvenir SA el 21 de junio de 2000, con efectividad a partir del 1º de agosto de 2000 (fl 155 expediente digital "Cuaderno principal.pdf")

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 por 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 el 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. AFP Porvenir SA aportó: copia formulario de afiliación AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. certificado SIAFP, certificado de afiliación expedida por Porvenir, edicto emplazatorio diario El Tiempo, copia historia laboral.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 21 de junio de 2000, 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 21 de junio de 2000, el(la) demandante tenía 546 semanas (fl 44 expediente digital "Cuaderno principal.pdf") por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 5 de abril de 1958 – fl 55 expediente digital "Cuaderno principal.pdf") y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 62 años de edad podría eventualmente haberse pensionado en el año 2020 en el RPM, (actualmente ha cotizado más de 1.441 semanas - fl 44 expediente digital "Cuaderno principal.pdf"), 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 62 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, de tal manera que para obtener en el RAIS una pensión siquiera igual a la del RPM, tendría que efectuar cuantiosos aportes adicionales al RAIS, 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 (la) señor(a) Alberto Castañeda Gomez de Colpensiones a la AFP Porvenir SA el 28 de abril de 2000

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 al apelante AFP Porvenir SA y Colpensiones 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 10 de diciembre de 2020 por el juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas (AFP Porvenir SA y Colpensiones) y a favor de la parte actora. Fijense 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. 11001310500720190010401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500720190010401)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500720190010401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 08-2013-00604-01

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintinueve (2021)

DEMANDANTE: **ARMANDO NIETO CARRILLO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
CRISTALERIA PELDAR SA (Vinculada)
ASUNTO : **APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de apelación parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de septiembre de 2018, 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 CRISTALERIA PELDAR SA (fls. 424 a 425), así como COLPENSIONES (fls. 428 a 436) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 30 de octubre de 2020, la parte demandante no presentó alegatos de conclusión, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ARMANDO NIETO CARRILLO** instauró demanda ordinaria laboral contra de **COLPENSIONES** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 3 y 4):

- 1) Se declare que el señor ARMANDO NIETO CARRILLO durante su vinculación laboral con el empleador CRISTALERIA PELDAR estuvo expuesto a actividades de alto riesgo para la salud al haber estado en contacto directo con sustancias comprobadamente cancerígenas.
- 2) Se declare que el señor ARMANDO NIETO CARRILLO es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 1281 de 1994 y Decreto 2090 de 2003.
- 3) Que como consecuencia de lo anterior, se declare que el régimen aplicable a la situación pensional del señor ARMANDO NIETO CARRILLO es el dispuesto en el artículo 15 del Decreto 758 de 1990.
- 4) Se declare que el señor ARMANDO NIETO CARRILLO tiene derecho al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.
- 5) Se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a favor del señor ARMANDO NIETO CARRILLO a partir del cumplimiento de los 40 años de edad, acorde con lo dispuesto en los artículos 15 y 20 del Decreto 758 de 1990.
- 6) Que se condene a Colpensiones al pago de las mesadas adeudadas desde el 17 de noviembre de 1996, fecha del cumplimiento de 62 años de edad, con las mesadas adicionales de junio y diciembre de a favor del señor ARMANDO NIETO CARRILLO.
- 7) Que se condene a Colpensiones al pago de los incrementos por cónyuge a cargo a favor del señor ARMANDO NIETO CARRILLO a partir del cumplimiento de los 52 años de edad.
- 8) Se condene al pago de los intereses de mora causados de conformidad con lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
- 9) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES (fls. 183 a 190) de acuerdo al auto del 6 de febrero de 2014 visible a folios 191. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

Mediante auto del 12 de mayo de 2014 se ordenó vincular a la Litis a la sociedad CRISTALERÍA PELDAR (fl. 192), quien contestó (fls. 239 a 340), de acuerdo al auto del 25 de mayo de 2015 visible a folio 341. Se opuso a las pretensiones del demandante y propuso excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 8° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 03 de septiembre de 2018. **ABSOLVIÓ** a las demandadas **COLPENSIONES** y **CRISTALERIA PELDAR** respecto de la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión especial de vejez a partir del cumplimiento de los 40 años de edad, es decir, a partir del 17 de noviembre de 1996. **CONDENÓ** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al señor **ARMANDO NIETO CARRILLO** los incrementos de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 5 de marzo de 2010 debidamente indexados. **DECLARÓ PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción para los incrementos causados antes del 5 de marzo de 2010. **COSTAS** a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$400.000.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

1. **EXPOSICIÓN A ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO:** Señala que se encuentra plenamente acreditado la exposición que tuvo el demandante a sustancias supremamente cancerígenas, en especial al sílice, en virtud de los estudios que fueron aportados al proceso, y en donde se da cuenta de una sobre exposición a dichas sustancias, como se reitera, en especial al polvo sílice.

Indica que a pesar de que el análisis probatorio realizado por el Juzgado fue acertado, no se estudió, ni se contempló que de acuerdo a las pretensiones quinta y sexta del acápite de pretensiones existe una situación particular que beneficiaría al demandante y es la causación de la mesada adicional del mes de junio, conforme lo dispone el Art. 142 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, como quedó demostrado, el demandante fue pensionado el 17 de noviembre de 2007 con una mesada pensional equivalente a 5 SMLMV, y en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante sufrió la pérdida de ése derecho por habersele concedido la pensión de vejez ordinaria, con base en el cumplimiento de 60 años de edad, que ocurrió el 17 de noviembre de 2007, y como consecuencia de ello, no tendría derecho al pago de la mesada adicional.

Teniendo en cuenta lo anterior, la finalidad de la pensión especial por actividad de alto riesgo corresponde a que el trabajador se pueda pensionar con la edad anterior la cual ocurrió en el año 2001, fecha ésta en la cual se registra como última vinculación del demandante con CRISTALERÍA PELDAR SA, conforme las certificaciones que reposan a folio 34 a 36 y 253 a 259 del expediente, pues para el año 2001, ya contaba con las semanas para poder pensionarse a los 52 años de edad.

- 2. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Señala que en el caso de los incrementos pensionales, en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, sin embargo, conforme la documental aportada en el plenario, y relacionada como prueba 7 dentro del plenario, el cual corresponde al hecho 15 de la demanda, Colpensiones contestó como cierto tal hecho respecto de la primera reclamación, la cual fue elevada el 28 de septiembre de 2012, y a partir de esa fecha se presentó el fenómeno prescriptivo, tan solo podría abarcar las mesadas causadas con anterioridad al 28 de septiembre de 2009.

No obstante el recurso de apelación interpuesto, en atención a que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, la Sala avocará su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* dado lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el señor **ARMANDO NIETO CARRILLO** tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 1281 de 1994, concretamente, si se encuentra demostrado que hubiese desempeñado actividades de alto riesgo durante todo el tiempo que prestó sus servicios a la Empresa "CRISTALERÍA PELDAR S.A", a partir del cumplimiento de 52 años de edad. **2.** Excepción de prescripción en los incrementos del 14%.

Análisis del reconocimiento del derecho prestacional del demandante:

De la documental que obra dentro del plenario, se concluye que no fue objeto de discusión que el extinto ISS le reconoció pensión de vejez al señor ARMANDO NIETO CARRILLO mediante resolución No. 060526 del 13 de diciembre de 2007, en cuantía inicial de \$2.203.471, en aplicación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en virtud del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año (fl. 39).

Tampoco es objeto de discusión que el actor prestó sus servicios para la demandada CRISTALERIA PELDAR SA, conforme se extrae de la historia ocupacional visible a folios 34 a 36, en la que señala que el señor ARMANDO NIETO CARRILLO laboró para dicha empresa desde el 15 de septiembre de 1978 al 10 de septiembre de 2001.

Que de conformidad con la historia ocupacional (fl. 36 a 38), las funciones ejecutadas por el actor eran las siguientes:

1. Labores varias materias primas:

Del 15 de septiembre de 1978 al 11 de septiembre de 1994

Tiempo 191 meses y 28 días.

Responsable por realizar todos los oficios que le sean asignados en el área de materias primas, tales como movimientos de piedra, arena, feldespatos, dolomita, soda y en general todas las materias primas. Hacer aseos en silos, bodegas, bandas transportadoras. Recibir casco y transportarlos al silo. Controlar la subida de materias primas, ayudar a hacer mezclas del decolorante y preparados para mezclas, auxiliar a los pesadores, recoger y retirar de los sótanos el casco, lavar piedra, arena y pirita. Labor que realiza sin exposición al calor durante el turno de 8 horas.

2. Ayudante de hornos:

Del 12 de septiembre de 1994 al 14 de febrero de 2001

Tiempo 77 meses y 3 días.

Es responsable por ayudar a la correcta operación de los hornos. Hacer limpieza y aseo a los equipos correspondientes tales como cargadores, compuertas de reversa, casera de operaciones quemadores, quemadores de alimentos. La operación de alimentadores colorantes. Cuidar de los niveles de aceite de los tanques auxiliares de combustibles. Ayudar en la operación del cargador manual y

hacer cambio de filtros. Colaborar en las reparaciones tanto mayores como menores que se presenten. Ayudar en la anotación de lecturas de temperaturas. Reemplazar al operador y al archero cuando sea necesario y ocasionalmente realizar trabajos especializados. Labor que realizaba con exposición al calor durante el turno de 8 horas.

3. Operador de turnos:

Del 15 de febrero de 2001 al 10 de septiembre de 2001

Tiempo 6 meses y 27 días.

Es responsable por la correcta y eficiente operación de hornos de vidrio. La operación incluye la producción de vidrio de acuerdo con las especificaciones requeridas, para lo cual debe efectuar labores tales como mantener temperaturas adecuadas, controlar el funcionamiento de quemadores, el flujo correcto de combustible y materias primas, etc. Frecuentemente debe estar revisando instrumentos de medición y controles, así como hacer registros y anotaciones respecto al funcionamiento de los hornos. Dicha labor se realiza con exposición al calor durante el turno de 8 horas.

Con el fin de acreditar que el demandante ejecutó labores de alto riesgo dentro de la empresa Peldar S.A., con exposición a sustancias cancerígenas, reposa el informe de *"Materia Prima Utilizada en Peldar y su Relación con la Salud obrera en General y el Cáncer en Particular"* Zipaquirá - Septiembre de 1991- Abril de 1992, realizado para la planta de Cógua por el Grupo Guillermo Fergusson , que dentro de sus conclusiones resalta "(...) Los riesgos ocasionados por el empleo de materias primas altamente peligrosas, en un ambiente laboral no diseñado para limitar la exposición de los trabajadores a dichas sustancias en los diferentes momentos de sus procesamiento"(fls. 46 a 51).

Y en las conclusiones y observaciones, se concluyó en esa oportunidad, lo siguiente:

"Sobresalen los riesgos ocasionados por el empleo de materias primas altamente peligrosas en un ambiente laboral y que no ha sido diseñado para limitar la exposición de los trabajadores a dichas sustancias y a los diferentes momentos de su procesamiento"

Así mismo, se aportaron otros estudios realizados en el año 1992 y 2001, visible a folios 87 a 101, en el que se concluyeron que:

"Todo el personal que labore en la planta técnica, molinos, materias primas y planta de arena, están expuestos a concentraciones de polvo sílices, por lo que se recomienda corregir todos los escapes de polvo de los transportadores, conductos, elevadores, carcasas en las áreas de materias primas, molinos y plantas de arena, entre otras recomendaciones"

Se encuentra además el Estudio Ambiental de Polvo realizado a la empresa PELDAR por el Instituto de Seguros Sociales de fecha febrero de 1988, que concluye que en todas muestras de concentraciones ambientales del polvo tomadas superaban los valores límites permisibles corregidos con un grado de riesgo comprendido entre 4.19 y 7.80, (fls. 83 a 86); los Estudios de Polvo, Ruido y Temperaturas efectuados por el Instituto de Higiene Ambiental y Salud LTDA en diciembre de 1994 para la Planta de Cógua, realizado por áreas y tipo de oficios u ocupación, que destaca que "E. Salvo Contadas excepciones los trabajadores no usan protección respiratoria" y la conclusión "A. Todo el personal que labora en materias primas y planta de arena están expuestos a concentraciones de polvos silíceos".(fl. 102 a 160), Y un segundo informe del año 1994, que dentro de sus observaciones señala la contaminación generalizada por diseminación de partículas en todo el ambiente, y en todos los procesos y operaciones de la planta, así mismo concluye de forma general: "Los polvos generados en los proceso y operaciones de la Planta Peldar, objeto del presente estudio, presentan concentraciones de Sílice libre superiores a 2.0%, y por consiguiente son considerados como de alto riesgo sanitario".

Finalmente, se encuentran los informes de Evaluaciones Ambientales de Material Particulado realizados por el Laboratorio de Higiene Industrial de SURATEP, el primero de fecha diciembre de 1996, en el que se destaca que el operario de labores varias, se encuentra más expuesto a material particulado y utiliza menos equipos de protección (fls. 161 a 177), y un segundo informe efectuado en marzo de 2001, para los oficios de operadores de Hornos envases primer y segundo turno, preparados menores primer turno, recepción de materias primas, segundo turno, operador de equipo de mezcla materia prima y ayudante de mezclas (fls. 96). Así como el informe de

evaluaciones ambientales de contaminantes químicos, realizado por el Laboratorio de Higiene Industrial Regional Centro de SURATEP, en marzo de 2001 – Cogua, en el cual se evaluaron diferentes sitios de trabajo y se concluyó que se realizaron tres dimensiones para esta sustancia química de las cuales dos reportaron concentraciones estándar por encima del valor límite corregido lo cual indica que aparentemente si está en riesgo para la salud de las personas que allí laboraban.

Por otro lado, los testigos **Álvaro Suarez Estrada y Ramiro Sánchez Castro**, señalaron que el demandante en su labor recibía materias primas como sílice seca, arena en volquetas, las subía a los hilos y que hacía aseo con escoba recogiendo materiales y residuos, que también laboró en hornos con temperaturas entre 50° y 90°, donde realizaba labores de control de temperaturas, cambio de “quimiadores” y que allí no permanecía por más de 5 minutos debido a la alta temperatura.

El testigo **Julián Horacio Montañez**, señaló que el demandante era ayudante de labores varias en materias primas, que debía traer cosas de almacén, utilizar materiales como Sílice, Arena, Caliza, *Feldespatio* de lo reciclado, que las materias primas se descargaban en volquetas y se almacenaban en filas a altura grande. En cuanto a los hornos, dice que debía realizar el aseo de ellos, el cambio de y limpieza de los quemadores, realizar inspecciones, monitoreando variables, temperatura, presión, flujo de combustible a una temperatura mayor de 55°, que como operario de labores varias, que fue uno de los cargos desempeñados por el demandante, este es uno de nuestros oficios *“uno de los oficios en los cuales el trabajador se encuentra más expuesto a material particulado.”*

Con el anterior soporte normativo y una vez estudiadas de forma integral las pruebas del expediente, concluye la Sala que el demandante acreditó haber laborado en actividades que implicaran exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas desde el 15 de septiembre de 1978 al 10 de septiembre de 2001, en los términos del numeral 4° del Artículo 2° del Decreto 2090 de 2003, siendo dable concluir que las instalaciones de la planta donde prestó sus servicios sufren una alta y generalizadas contaminación ambiental por diseminación de partículas, lo que conduce a concluir que durante toda la relación laboral, sí desarrolló actividades de alto riesgo para su salud, que estuvo expuesto a sustancias o partículas cancerígenas por haber estado en contacto con ellas durante el vínculo

laboral; ya que como quedó visto, en toda la planta, en el ambiente pululan sustancias de ese tipo, encontradas en las materias primas utilizadas por CRISTALERÍA PELDAR SA, que pueden producir tumores malignos a nivel de los pulmones por el polvo que se expande.

Teniendo claro lo anterior, los informes que se allegan al plenario y los cuales hace referencia en su recurso de apelación, establecen que en la fábrica de Cogua, los cuales superaron los valores límites permisibles para efectos de considerar como sustancia cancerígena la actividad a la cual se encontraba expuesto el demandante en vigencia de toda la relación laboral.

Así las cosas, se tiene que las funciones desarrolladas por el actor recaían en actividades propias de oficios varios asignados en el área de materias primas, hasta las operaciones propias de hornos para vidrios, de modo tal que se encuentra acreditado que el demandante transitaba constantemente en la planta de Cogua para desarrollar las actividades propias de los diferentes cargos, encontrándose allí el nexo inminente del contacto con sustancias comprobadamente cancerígenas, teniendo en cuenta que los trabajadores de la planta están expuesta a ambientes llenos de concentraciones de polvos silíceos, lo que conlleva a acreditarse que el demandante tanto en el desarrollo del cargo de labores varias materias primas, como de ayudante horno y operador de horno, estuvo expuesto a la mencionada sustancia.

Así pues, conforme la facultad de libre apreciación de pruebas para formar su convencimiento con base en aquellas que mejor lo persuadan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, resaltando que por el hecho de estar calificada la empresa CRISTALERIA PELDAR S.A. como de riesgo alto clase V, en cuanto a riesgos laborales se refiere, en su criterio, ese solo aspecto es suficiente para afirmar y concluir que las labores u oficios desarrolladas por el señor ARMANDO NIETO CARRILLO en dicha sociedad, deben ser catalogadas como actividades de alto riesgo, conforme al artículo 15 del A. 049/90, 1 y 2 del D. 1281/94, trayendo a colación entre otras sentencias la SL925-2018 con radicación 47389 del 7 de marzo de 2018.

Cotizaciones Especiales:

Frente a las cotizaciones especiales que según el Decreto 2090 de 2003 corresponden a 10 puntos adicionales, la norma es clara al determinar que se encuentran a cargo del empleador, lo que trae como consecuencia que esta carga no puede trasladarse al trabajador, y que le corresponde a la administradora de pensiones ejercer las facultades legales de cobro de aportes, estipuladas en los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, cuya finalidad no es otra que establecer un mecanismo que garantice que los afiliados no se vean perjudicados por la omisión o tardanza de los empleadores en el pago de las cotizaciones al sistema de pensión, en tal sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencias como la del 21 de agosto de 2013, radicación 44996, y la SL4616-2016 con radicación 47244 de 13 de abril de 2016.

Concluyéndose así que TODO el tiempo laborado por el actor al servicio de CRISTALERÍA PELDAR S.A., debe entenderse como laborado en actividad de alto riesgo, y no únicamente desde el 15 de septiembre de 1978 al 10 de septiembre de 2001, como se indica la historia ocupacional (fls. 34 y 35), por lo tanto al contabilizar la totalidad de semanas cotizadas bajo el empleador CRISTALERIA PELDAR SA, se establecen como un total de cotizaciones de 1.200 de semanas.

Aclarado lo anterior, se confirmará los argumentos expuestos en la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de declarar que durante toda la vigencia de la relación laboral sostenida entre el demandante y CRSITALERIA PELDAR, el actor ejecutó actividades de alto riesgo, a fin de que la totalidad del periodo ordenado en el cálculo actuarial sea incluido dentro de la historia laboral del demandante, no sin antes precisar que la falta de cotizaciones especiales no impiden que el demandante adquiera su derecho pensional, ya que el trabajador no debe correr con las consecuencias adversas del incumplimiento del empleador, si se ha demostrado que efectivamente desempeñó esa clase de labores especiales, aspecto decantado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en diversos fallos, entre los que se puede consultar el de 21 de agosto de 2013, radicación

44996¹, Magistrado Ponente Dr. Jorge Mauricio Burgos Díaz y la SL4616-2016 con radicación 47244 de 13 de abril de 2016, con ponencia del mismo magistrado².

Tiempo de cotizaciones y norma aplicable:

Frente a la norma aplicable para el reconocimiento de la prestación cabe indicar, la norma vigente para este tipo de pensiones es el **Decreto 2090 de 2003**, no obstante y previo a estudiar los requisitos de esta normativa, es preciso analizar si cumple con el régimen de transición que consagra el artículo 6º *ibidem*³ y por consiguiente si es posible aplicar la norma anterior, como lo pretende la parte actora, transición que exige por lo menos 500 semanas de cotización especial, el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 y además los requisitos de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴.

¹ “Finalmente y dejando de lado lo anterior, huelga precisar que los artículos 4º y 5º del Decreto 1281 de 1994 -que fue derogado por el Decreto 2090 de 2003-, prescriben que para acceder a la pensión especial de vejez por actividades que impliquen alto riesgo para la salud del trabajador, resulta menester cotizar en forma especial, es decir, con un porcentaje adicional de 6 puntos, que están a cargo del empleador.

Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado el alcance de estos preceptos, en el sentido de que si está demostrado en el proceso que la actividad cumplida por el trabajador corresponde a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe reconocer la pensión especial de vejez.

Lo anterior, sin perjuicio de que la administradora pueda reclamarle al empleador que no satisfizo la obligación del aporte especial, el cubrimiento de ese faltante en los términos que prevea la ley, o que el juez lo imponga por tratarse de una obligación legal. Pero esto será un asunto distinto, que no puede perjudicar el derecho irrenunciable que tiene el trabajador a la cobertura de la seguridad social, máxime que por la clase de labor ejercida implicó para él un sacrificio adicional en desgaste físico y mengua de su salud”

² “Pero de todas maneras, así se dejaran de lado las impropiedades técnicas, no le asiste razón al recurrente porque la jurisprudencia de la Corte ha acogido el criterio orientado a habilitar los aportes en el caso de actividades de alto riesgo así no se haya cotizado el porcentaje adicional previsto en los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003 que derogó el anterior, porque no es el trabajador quien deba correr con las consecuencias adversas del incumplimiento del empleador, si se ha demostrado que efectivamente desempeñó esa clase de labores especiales, sin perjuicio de las responsabilidades que le quepan a aquél frente a la seguridad social por la inobservancia de sus obligaciones. En sentencia CSJ SL398-2013, precisó la Corporación”

³ Artículo 6º. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

⁴ “Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”

Para el caso particular, el demandante para esa data acredita un total de 1518,73 semanas cotizadas, y cumple con los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, acorde a la exigencia del parágrafo de la norma, pues acredita 46 años de edad al 1 de abril de 1994 (fl. 25), para la data había cotizado 813 semanas (fls. 207-209) y superando 750 semanas para el 25 de julio de 2005; contando además un total de semanas de 1518,73 semanas, de las cuales cotizó 1200 de alto riesgo, por lo que ya habría reunido las semanas mínimas contempladas en la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión. (fls. 27 y 27).

Así las cosas, se tiene que el demandante supera las 500 semanas mínimas exigidas de cotización especiales antes de la fecha de expedición del Decreto en mención, así mismo que acredita un total de 1518,73 semanas en toda su vida laboral, superando igualmente las semanas mínimas exigidas por la Ley 797 de 2003.

Resultando procedente aplicar la norma anterior, este es, el Decreto 1281 de 1994, norma que a su vez contempla en su artículo 8º otro régimen de transición, siendo necesaria su verificación para determinar la norma aplicable a la situación pensional del actor. Esta transición exige para el 23 de junio de 1994, fecha de entrada en vigencia de este decreto; mínimo 40 años de edad si son hombres o quince (15) o más años de servicios cotizados, lo cual también cumple, ya que para esa data tenía 46 años de edad (fl. 25), resultando finalmente como norma aplicable para el estudio de la pensión del actor lo previsto en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, por ser la norma más favorable al trabajador, como pasa a determinarse:

El artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por virtud de la transición, en su literal d) señala como beneficiarios de la pensión especial de vejez a los trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas, y establece como beneficio la disminución de un (1) año de edad por cada 50 semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras 750 semanas cotizadas en la actividad de alto riesgo, partiendo de la edad mínima para obtener la pensión que según este Acuerdo es de 60 años de edad.

Así las cosas, el demandante cumpliría 60 años de edad el día 17 de noviembre de 2007, teniendo en cuenta que nació el mismo día y mes del año 1947, conforme la fotocopia de la cédula de ciudadanía visible a folio 25 del plenario.

Ahora bien, como quiera que el actor, acredita 15 años de servicios adicionales cotizados a la entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994, pues para ese entonces había cotizado entre el 25 de septiembre de 1970 y el 02 de junio de 1994 un total de 890.86 semanas, conforme al reporte de semanas de cotización que obra a folio 26 del expediente, tenía derecho a la aplicación del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990.

Así pues, el citado artículo, dispone:

"La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:

a) Trabajadores mineros que presten su servicio en socavones o su labor sea subterránea;

b) Trabajadores dedicados a actividades que impliquen exposición a altas temperaturas;

c) Trabajadores expuestos a radiaciones ionizantes y,

d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.

En el presente caso, tal y como quedó acreditado, el demandante estuvo expuesto a actividades que implicaban altas temperaturas, como expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, para un total de 1.516,73 semanas cotizadas, conforme el reporte de historia laboral visible a folios 27 y 33 del expediente, razón por la cual tiene derecho a que se le disminuya un año por cada 50 semanas cotizadas con posterioridad a las 750 semanas, conforme lo dispone la norma en cita.

Ahora bien, según el reporte de semanas, cotizó del 25 de septiembre de 1970 al 31 de diciembre de 2007, de las cuales fueron cotizadas a actividades del alto riesgo desde el 15 de septiembre de 1978 al 10 de septiembre de 2001, que corresponden a 1.200 semanas en actividad de alto riesgo, que implicaron su exposición a sustancias cancerígenas y a altas temperaturas, cumpliendo el requisito del mínimo de 750 semanas en actividad de alto riesgo.

Así las cosas, si bien el actor cumplió los 60 años de edad el 17 de noviembre de 2007, por lo que partiendo del total de semanas cotizadas en actividad de alto riesgo (1200), de ellas deben deducirse las primeras 750 semanas, que corresponden a 450 semanas, las cuales al ser divididas en 50, determinan una disminución de edad de 9 años, de lo que se concluye que en principio adquirió el derecho a pensionarse

a los 51 años, los cuales cumplió el 11 de noviembre de 1998, data de causación del derecho.

Ahora bien, frente a la efectividad de la prestación, cabe precisar, que si bien el actor efectuó cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 2007 y por tanto la pensión se haría efectiva a partir de la desafiliación del Sistema de Pensiones conforme lo dispuesto en el artículo 13 de Decreto 758 de 1990, tal y como lo concluyó el Juez de instancia, no obstante, lo cierto es que a la data de solicitud inicial de la pensión, el 21 de noviembre de 2007 (fl. 39), **YA CUMPLÍA CON LOS REQUISITOS PARA ACCEDER AL DERECHO**, sin embargo la entidad negó el reconocimiento de la pensión especial por actividad de alto riesgo, y en su lugar, reconoció una pensión de vejez conforme lo establecido en el Art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

De lo anterior se advierte, que aun cuando no se indicó de forma expresa en la demanda, es claro para la Sala que la entidad indujo en error al demandante a continuar cotizando para acceder a la prestación, pues a pesar de haber reunido los requisitos de edad y superar ampliamente el tiempo de servicios, se negó de forma reiterada a reconocer el derecho argumentando el déficit de aportes, por tanto habría lugar a hacer efectiva la pensión a partir del **21 de noviembre de 2007**, fecha de radicación de la solicitud de la prestación ante la entidad, trayendo a colación la sentencia SL6159 con radicación No. 44987 del 11 de mayo de 2016.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en atención que le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución No. 060526 del 13 de diciembre de 2007 a partir del 17 de noviembre de 2007, resultaría desfavorable para el demandante reconocerle la pensión especial por actividad de alto riesgo a partir del 21 de noviembre de 2007, conforme se dijo en precedencia.

Por lo que bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

INCREMENTO PENSIONAL 14%:

El Juzgado de instancia condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer al demandante el incremento pensional por personas a cargo, es decir el 14% liquidado sobre el salario mínimo legal, a partir del 05 de

marzo del 2010 y declaró probada la excepción de prescripción para los incrementos causado con anterioridad al 05 de marzo del 2010.

No obstante lo anterior, sea del caso señalar que si bien el suscrito venía aplicando el criterio mayoritario de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 05 de diciembre de 2007, Rad. 29751 tendiente a determinar que, los incrementos de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 se encontraban vigentes, lo cierto es que una vez reexaminado el tema por los integrantes de la Sala, se hace necesario replantear dicha postura.

Al respecto, es menester advertir, que la H. Corte Constitucional a través de la sentencia, SU-140 de 2019 estableció que los incrementos pensionales no se encuentran vigentes, con fundamento en que con la promulgación de la Ley 100 de 1993, el sistema de pensiones vigente sufrió una transformación estructural cuya dimensión ameritó el establecimiento de un régimen que regulaba la transición del anterior al nuevo sistema, cambio que no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se tuvieran derechos adquiridos o, inclusive, una expectativa legítima sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a la pensión; que por lo anterior, se dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, esto es, edad, tiempo y monto; y que ante la ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, hubo una derogatoria orgánica del régimen anterior dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

Así mismo, la H. Corte Constitucional señala que los incrementos pensionales no son contestes con el inciso 11 del Acto Legislativo 01 de 2005, que establece un marco de sostenibilidad fiscal así, *«guarda una relación de medio a fin con la sostenibilidad del sistema de pensiones que se pretendió asegurar con el referido acto legislativo»*, y en ese orden, en caso de considerarse su vigencia, al verse afectado el principio de sostenibilidad del sistema pensional habría que inaplicarlo por inconstitucional, por demás que serían contrarios a los principios de universalidad y de solidaridad que desarrolla la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, los incrementos pensionales nunca formaron parte integrante de la pensión de vejez o invalidez y por tanto fueron considerados como derechos de excepción a quienes cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de los reglamentos de invalidez, vejez y muerte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES anteriores a la Ley 100 de 1993; por lo tanto, al no haberse

incluido como integrantes dentro del tránsito legislativo de 1993, no existe razón alguna que justifique su existencia dentro del Sistema General de Pensiones. Adicionalmente, los incrementos pensionales tampoco se encuentran contenidos entre los derechos que por excepción contempla el beneficio del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que es bien sabido que el régimen de transición establecido en la norma garantiza únicamente la aplicación de los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la normativa pensional anterior a 1993

Así las cosas, y dado que estamos frente a una sentencia de unificación proferida por la H. Corte Constitucional considera apropiado el suscrito acogerse a los postulados de la misma, por encontrarlo ajustado a criterios de razonabilidad y a los fines del Sistema de Seguridad Social, en particular, de las reformas expedidas desde 1993, con la expedición del Régimen General de Pensiones, entendiéndose en consecuencia, que los incrementos pensionales sólo se encuentran vigentes para quienes causaron su derecho a la pensión con anterioridad al 1º de abril de 1994, en aplicación del Acuerdo que los consagra.

Verificada la documental allegada, se establece que con la **Resolución No. 060526 del 13 de diciembre de 2007**, el extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones le reconoció la pensión de vejez al señor ARMANDO NIETO CARRILLO como beneficiario del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100 de 1993, aplicando para el efecto el Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 17 de noviembre de 2007, siendo reconocida con posterioridad a 1º de abril de 1994, por lo que se considera entonces que no hay lugar al reconocimiento del incremento deprecado, razón por la cual, se **REVOCARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor ARMANDO NIETO CARRILLO.

COSTAS:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante **ARMANDO NIETO CARRILLO**.

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

Queda notificados en estrados la presente decisión.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad 11001310500820130060401)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad 11001310500820130060401)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad 11001310500820130060401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 01-2019-00550-01

Bogotá D.C., septiembre Veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: YOLANDA PRIETO TELLEZ

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PROTECCIÓN SA
AFP COLFONDOS SA**

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

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fls. 232-235) Protección SA (fls 227-231) y Colpensiones (fls 236-239) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 06 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Yolanda Prieto Tellez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección SA, Colfondos SA y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 108 a 116, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado por Yolanda Prieto Tellez del régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.
2. Que como consecuencia de lo anterior, Se declare para todos los efectos legales que la señora Yolanda Prieto Tellez, siempre ha permanecido afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cabeza de la administradora Colpensiones.
3. Que se ordene el traslado de los aportes realizados por la señora Yolanda Prieto Tellez en el régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida
4. Que se condene a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones a la AFP Protección SA, y a la AFP Colfondos SA, a cancelar las costas procesales, incluidas las agencias en derecho.
5. Que se reconozca a la demandante los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y probados, lo mismo que a pagas superiores bajo el principio y poder del juez extra y ultra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.173-183) y AFP Protección SA (fls.149-172) Colfondos SA (fls. 118-125) de acuerdo al auto del 19 de agosto de 2020, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 1° laboral del circuito de Bogotá en sentencia del 08 de junio de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante señora Yolanda Prieto Tellez identificada con cédula de ciudadanía 20.947.990 a través del fondo administrado por la sociedad demandada Protección SA, conforme a los expuesto en precedencia. **ORDENÓ** a la demandada Colpensiones a autorizar el traslado de la señora Yolanda Prieto Tellez, identificada con cédula de ciudadanía 20.947.990 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. **ORDENÓ** a Colfondos SA

trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por la demandante Yolanda Prieto Tellez identificada con cédula de ciudadanía 20.947.990, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la actora, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada por la demandante, conforme lo expuesto en la parte del pronunciamiento. **DECLARÓ** que Colpensiones, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. Sin costas para las partes en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

NULIDAD Y/O INEFICACIA:

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

Sostiene que actualmente este caso se encuentra dentro de una prohibición legal, de que trata el *artículo 02 de la ley 797 de 2003*, ya que se afilió en principio al Régimen de Prima Media administrado por antes ISS, hoy COLPENSIONES, luego se traslada al RAIS, por lo cual, dicho traslado tiene plena validez, conforme al artículo 02 de la *ley 797 de 2003*, el cual, modifico el *literal e*, del *artículo 13 de la ley 100 de 1993*, en ese orden de ideas y de conformidad con la norma citada, manifiesta que el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de Régimen, cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Además, trae a colación, lo dispuesto en el *artículo 107 de la ley 100 de 1993*, el cual expresa:

"Todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora."

Por lo anterior sustenta que para este caso en concreto, es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales.

De igual manera, sostiene que tampoco se demostró la existencia de un vicio en el consentimiento o de ir en contra de la buena fe, al momento en que se afilia al

Régimen de Ahorro Individual, como se alega en la demanda y se expuso en audiencia. Manifiesta además que, para el momento de la afiliación era imposible predecir los ingresos de cotización, sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y así calcular su mesada pensional real.

Reitera que no se logró demostrar que la demandante haya sido engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún cuando permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración.

Por otra parte, sostiene que el *Decreto 2071 del 2015*, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, indica que las administradoras de pensiones deben proporcionar a los afiliados, información completa de los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones, en relación con su participación en cualquier de los dos regímenes.

Así mismo, manifiesta que la Superintendencia Financiera, mediante circular 016 del 2006, establece mecanismos para que todas las administradoras, como Colpensiones y entre otros, realicen asesorías, en especial a las mujeres de 42 años o mayores y a los hombres de 47 años, por cuanto, a partir de la edad, los ciudadanos no pueden trasladarse de régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, pero esta restricción no es retroactiva. Por lo que no es posible su aplicación al caso en concreto.

Conforme a lo anteriormente expuesto, solicita se revoque la decisión de primera instancia.

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

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:

Presenta recurso de apelación parcialmente, frente a la sentencia proferida, en lo que respecta a la devolución de gastos de administración y demás descuentos como lo son pólizas de aseguradora.

Respecto a los gastos de administración, solicita se revoque este punto, aclarando que en este tema no se ha abordado en detalle por la jurisprudencia reiterada de la honorable Corte Suprema de Justicia, pues, considera que las costas de administración no tienen una razón jurídica de devolverse, toda vez que si se están solicitando que se devuelvan unos rendimientos que generaron en la cuenta de ahorro individual del demandante durante el periodo que estuvo afiliado, tanto con

PROTECCIÓN, como COLFONDOS, estos rendimientos tuvieron origen debido a una óptima administración que se dio por las administradoras en las que estuvo afiliado.

En consecuencia, sostiene que, se entiende que los rendimientos generados superan estos gastos de administración y fue por ocasión a esos gastos de administración. De igual manera, manifiesta que si se está buscando una ineficacia, no tiene razón de ser la devolución de gastos de administración.

Manifiesta además, que, en la sentencia anteriormente proferida, se ordena a COLFONDOS SA a devolver los gastos de administración, pero no se ordena a la administradora anterior, quien fue la administradora con la que se originó el traslado del régimen, toda vez que fue PROTECCIÓN la administradora primigenia, sin embargo, sostiene que se omite devolver los gastos por parte de esta administradora en el tiempo y periodo en que estuvo afiliada la señora demandante con esta administradora.

Por lo tanto, manifiesta que no tiene razón de ser, o en el sentido de que hubiese prosperado la prescripción de los gastos de administración en esa administradora, también, pues de ser así, sostiene que esa prescripción se debe endilgar a la representada COLFONDOS SA, toda vez que esos gastos de administración tienen un origen enteramente privado y se puede dar aplicación a la prescripción de la que habla el *código sustantivo laboral*.

De igual manera, manifiesta en atención a los porcentajes de prima de seguros previsionales, que estos se entienden que ya fueron sufragados por las administradoras, que, en su momento, cumplieron con la salvaguarda de dar los dineros en caso de que se dieran las contingencias de invalidez o sobrevivencia. Sostiene que se entiende también, que esto no es por capricho de los Fondos, sino que tienen un origen constitucional estas pólizas previsionales y estos descuentos tienen su origen, en el cubrimiento de las contingencias que se pueden derivar, como son la invalidez y la sobrevivencia.

En este sentido, les solicita a los honorables Magistrados, se revoque el punto solicitado y deja por sentado el recurso de apelación.

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 en ese entonces por la AFP ING hoy Protección SA efectuado por el

(la) señora **Yolanda Prieto Tellez** el día 24 de octubre de 1994; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Protección S.A. Colfondos SA devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privados, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP ING hoy AFP Protección S.A. el día 24 de octubre de 1994 con efectividad a partir del 1° de junio de 1994 y que luego se trasladó de ING a Colfondos SA el 16 de mayo del 2000 (fls 163-164 expediente físico).

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 por 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 válido 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 adocinado, 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 aportaron, Colfondos SA (fls 123 a 136 del expediente físico) cédula y tarjeta profesional del señor Jair Fernando Atuesta Rey, formulario de afiliación Nro.

7439048 Con fecha del 16 de mayo del 2000, SIAFP, y estado de afiliación y, AFP Protección SA (fls.162-171) aportó: formulario de vinculación, copia del certificado SIAFP, historia laboral, y Colpensiones (fls 182) el expediente administrativo de la demandante y la historia laboral.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 24 de octubre de 1994, 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, 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 24 de octubre de 1994, la demandante tenía más de 644.14 semanas (fl45 expediente físico) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 12 de junio de 1961 – fl 102 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad podría eventualmente haberse pensionado en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1846 semanas – fl102 expediente digital pg.16), 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 Protección S.A

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Colfondos SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, debe resaltarse que lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social de la 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 y las primas de seguros previsionales 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, no obstante, ese deber se replica en todas las AFP en las que se hubiese trasladado la demandante, por cuanto, así como Colfondos SA debe retornar estos recursos a Colpensiones, de igual manera la AFP Protección SA, 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 **Yolanda Prieto Tellez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP ING hoy Protección SA el 24 de octubre de 1994 con efectividad a partir del 1° de junio de 1994, así como el traslado de ING a Colfondos SA el 16 de mayo del 2000.

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 al apelante AFP Colfondos SA, y Colpensiones, 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 junio de 2021 por el juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Colfondos SA y Colpensiones, a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a 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. 11001310500120190055001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310500120190055001)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500120190055001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 15-2019-00415-01

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: MARGARITA LUCIA CASTRO NORMAN

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS SA
AFP PROTECCIÓN SA**

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 14 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 presentó alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El (la) señor(a) Margarita Lucia Castro Norman instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA, AFP Porvenir SA, AFP Protección SA y Colpensiones debidamente sustentada como aparece a folios 2 a 34 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1-Que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación de la señora MARGARITA LUCIA CASTRO NORMAN identificada con cédula de ciudadanía 51.667.662 realizada el 12 de diciembre de 1994 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A y los traslados entre administradoras realizados posteriormente.

2-Que se declare que la única afiliación válida al Sistema General de Pensiones MARGARITA LUCIA CASTRO NORMAN, identificada con la cedula de ciudadanía número 51.667.662, es la efectuada al Régimen de Prima Media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES

3-Que se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTIAS PROTECCION S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual de la señora MARGARITA LUCIA CASTRO NORMAN,

4-Que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho

5-Que en uso de las facultades Ultra y Extra Petita se condene a las entidades demandadas a lo que resulte probado dentro del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls. 42-51) AFP Colfondos SA en allanamiento a las pretensiones (fls. 92-94) AFP Protección SA (fls 95-108) según Auto del 29 de enero de 2021, AFP Porvenir SA fue desvinculada del proceso como consta en auto del 09 de septiembre de 2019.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 15 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 14 de abril de 2021, **DECLARÓ** ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora Margarita Lucía Castro Norma, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 12 de diciembre del año 1994, como consecuencia de lo anterior **ORDENÓ** al fondo PROTECCIÓN SA, donde actualmente se encuentra afiliada, traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual a la administradora de régimen de Prima Media COLPENSIONES, a esta que reciba como afiliada a la señora demandante, acredite como semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de

Prima Media dichos recursos, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS como consecuencia natural de esta ineficacia y de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la providencia, **NO CONDENÓ** en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes conforme se expuso en la parte motiva.

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 o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el (la) **señora Margarita Lucía Castro Norman** el día 12 de diciembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Colfondos S.A. y AFP Protección SA. Devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos SA el 12 de diciembre de 1994 con fecha de efectividad del 01 de enero de 1995, que posteriormente se traslada a la AFP Porvenir SA el 15 de enero de 2001 con fecha de efectividad del 01 de marzo de 2001, que se traslada luego a la AFP ING el 02 de marzo de 2012 con fecha de efectividad del 01 de mayo de 2012 para finalmente por fusión de las compañías quedar en AFP Protección SA desde el 31 de diciembre de 2012 con fecha de efectividad del mismo día, lo anterior visible a fl 42 medio digital de la contestación de la AFP Protección SA.

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 por 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 continuó 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 válido 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, la historia laboral entregado en medio magnético, la AFP Protección SA aportó Formulario de vinculación suscrito entre la demandante e ING hoy Protección S.A en el año 2012, Histórico de asesoría realizada a la demandante el día 14 de mayo de 2013, Formulario de solicitud fondo de pensiones voluntarias, Formulario de afiliaciones de pensiones obligatorias, Historia Laboral Bonos Pensionales expedidos el día 21 de julio de 2020, Historia Laboral expedida por Protección S.A el día 21 de julio 2020, Respuesta PQR expedida por Protección S.A el día 28 de mayo 2019, SIAFP, Política de asesoramiento de personas naturales, Publicación año de gracia, para surtir el traslado de régimen, Concepto Superintendencia Financiera de Colombia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de diciembre de 1994 fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaria 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 12 de diciembre de 1994, la demandante tenía 429.00 semanas cotizadas (folio 108 pág. 25 digital) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 31 años, (nació el 14 de enero de 1963 – fl 22) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría eventualmente haberse pensionado en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1081.57 semanas fl folio 108 pág. 27 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 representaría una desventaja para sus derechos pensionales, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, de tal manera que para obtener en el RAIS una pensión siquiera igual a la del RPM tendría que hacer cuantiosos aportes al RAIS, 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 ni Protección SA donde actualmente se encuentra afiliada.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala encuentra acierto en la decisión del A Quo al declarar la ineficacia del acto de traslado de la señora Margarita Lucía Castro Norman del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dicho lo anterior resulta consecuente se aclare que, va incluido el reconocimiento y pago de la totalidad de los rubros que recibió la AFP, tales como aportes, rendimientos, sumas adicionales, pues al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por Protección SA, incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, de tal manera que Colpensiones, no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibe los aportes y sus rendimientos, junto con los gastos de administración, trayendo a colación también la 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 Margarita Lucía Castro Norman a la AFP COLFONDOS SA el 12 de diciembre de 1994 con fecha de efectividad del 01 de enero de 1995, que posteriormente se traslada a la AFP Porvenir SA el 15 de enero de 2001 con fecha de efectividad del 01 de marzo de 2001, que se traslada luego a la AFP ING el 02 de marzo de 2012 con fecha de efectividad del 01 de mayo de 2012 para finalmente por fusión de las compañías quedar en AFP Protección SA desde el 31 de diciembre de 2012 con fecha de efectividad del mismo día, y que con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores recibidos por Protección S.A., incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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 14 de abril de 2021 por el juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, adicionado lo expuesto en la parte motiva de la presente en la que se entiende que con la

ineficacia del traslado, han de devolverse todos los valores recibidos por Protección S.A., incluyendo los gastos de administración, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

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. 11001310501520190041501)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501520190041501)

Aclaro Voto.



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501520190041501)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 19-2017-00632-01

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: GLORIA ISABEL AVELLANEDA GOMEZ

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir, y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandada Colpensiones (fls.126-127) y AFP Porvenir SA (fls.131-135), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 18 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Gloria Isabel Avellaneda Gómez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 4, con subsanación de demanda a folios 59, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que la señora Gloria Isabel Avellaneda, identificada con CC No 41.792.782, tiene el derecho al traslado de régimen de ahorro individual al RPM por contar con más de 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994.
2. Se condene a la AFP Porvenir S.A., a autorizar el traslado del demandante del RAIS al RPM por contar con más de 750 semanas cotizadas al 01 de abril de 1994.
3. Se condene a Colpensiones a aceptar el traslado de régimen del demandante, del RAIS al RPM por contar con más de 750 semanas cotizadas al 01 de abril de 1994.
4. Se declare que la señora Gloria Isabel Avellaneda, identificada con CC No 41.792.782, al retomar del RAIS al RPM, conserva el derecho al régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993
5. Se declare que AFP Porvenir S.A. engaño a la actora con el fin de trasladarla de régimen pensional.
6. Se declare la ineficacia del traslado de fondo pensional de la afiliación al RAIS realizada y se ordene la inmersión en el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993.
7. Se declare que Colpensiones, debe aceptar el traslado de fondo pensional solicitado por la actora, como consecuencia de la ineficacia antes citada.
8. Se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora con sus respectivos rendimientos
9. Se condene a Colpensiones, al reconocimiento y pago de pensión de vejez, conforme el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo, en aplicación del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, a que tiene derecho desde el momento en que cumplió con los requisitos de ley, es decir el día 20 de octubre de 2014, junto con las mesadas adicionales a cada año y los incrementos anuales.
10. Se condene al reconocimiento y pago de los respectivos intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993.
11. Subsidiariamente a los intereses moratorios, se condene a la indexación de las condenas.
12. Se condene a gastos y costas del juicio.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.64-78) y AFP Porvenir SA (fls.113-120), de acuerdo al auto del 15 de diciembre de 2017, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 19 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 26 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la señora Gloria Isabel Avellaneda Gómez identificada con CC No 41.792.782 del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., identificada con NIT No 800.144.331-3, realizado el día 26 de enero de 2000. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **CONDENÓ** a la demandada AFP Porvenir S.A. identificada con NIT No 800.144.331-3 a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración. **DECLARÓ** que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. **CONDENÓ** a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, a la señora Gloria Isabel Avellaneda Gómez, a partir de la fecha en que acredite su desafiliación del sistema de pensiones. **DECLARÓ** probada de oficio la excepción de inexistencia de la obligación respecto de los intereses moratorios propuesta por la demandada Colpensiones, y no probadas las demás. **ABSOLVIÓ** a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra. **CONDENÓ** en costas a Colpensiones y Porvenir S.A. y a favor de la demandante, **ORDENÓ** remitir el expediente al superior a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Interpone apelación parcial, referente a la condena, frente al numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, que hace alusión propiamente a la devolución de lo referente a los gastos de administración.

Dice que dentro del proceso judicial, no quedó centrado, frente al escrito introductorio y frente al criterio de la fijación del litigio, la suma referente a que entrara dentro del debate probatorio lo destinado a los gastos de administración.

Acepta que existen unas facultades que el fallador puede adoptar dentro de la jurisdicción laboral, como lo refiere el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, frente a las facultades ultra y extra petita, pero dice que las mismas no pueden acogerse frete a los gastos de administración, propiamente porque las facultades allí descritas son precisas, o el articulado es preciso en determinar que las mismas se hacen cuando exista una falta de reconocimiento de indemnizaciones, pagos o prestaciones, o salarios, no reconocidos al trabajador, en este sentido, propiamente al interés jurídico-económico, referente a los gastos de administración que tiene una destinación diferente al aporte realizado por el afiliado, destinado a la pensión de vejez, y expresa que no soporta una argumentación claramente para acogerse frente a las facultades ultra y extra petitas por parte del fallador.

Manifiesta que la Superintendencia financiera ha emitido diferentes conceptos referente a que en los proceso de nulidad e ineficacia del traslado, no es procedente generar la devolución de los gastos de administración, o la condena a la devolución de esos gastos de administración, teniendo en cuenta que la composición de los mismos se refiere al pago unas primas seguros por incontinencias de invalidez o sobrevivencia durante el tiempo de afiliación de la demandante, y dice para el caso, que desde el año 2000 se ha visto cubierta frente a esas contingencias.

Explica que la naturaleza misma del contrato de aseguramiento conlleva propiamente que la no generación impropriamente del siniestro, claramente que no tenga derecho el asegurado del retorno de esas primas pagadas, en este caso, la administradora de pensiones que fue quien suplementó el pago de esas primas de seguro frete a la afiliación de la demandante.

Expresa que son dineros que ya no están dentro del patrimonio de la administradora de pensiones y conllevan claramente un perjuicio económico, que no fue centrado o no fue debatido dentro del proceso frente a las facultades o frente a la fijación del litigio centrada en el mismo.

Se refiere a la excepción de prescripción, y expresa que en este caso, si aplicaría referente a que como lo argumentó anteriormente lo destinado a los gastos de administración, cumple un fin diferente al aporte realizado por parte del afiliado, que es frente a la protección claramente constitucional frente a la seguridad social y la imprescriptibilidad del mismo, referente a esa línea jurisprudencial. En el entendido, dice que los gastos de administración soportan una destinación diferente a esa línea de argumentación, que propiamente no conlleva la aplicación de ese argumento frente a los gastos de administración. Dice que la administración de los aportes se dio de buena fe desempeñado por parte de Porvenir, al generar rendimientos financieros positivos dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante, bajo las facultades que el artículo 13, literal Q y artículo 20 facultan, dentro de esa Ley de 1993, a las administradoras de pensiones para generar estos cobros frente a los gastos de administración.

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

Manifiesta su inconformidad en cuanto a que al momento de la decisión de declarar esa ineficacia del traslado de régimen de la demandante en la falta de deber de información que según la juzgadora, tenía la A.F.P. Porvenir al momento de la suscripción del formulario de afiliación. Dice que pasa por alto que para el año 2000, la regla del momento y según la normatividad aplicable para esa época, que no era otra que la Ley 100 de 1993, la cual decía que esa aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado de trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma de ese formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio, según se evidencia en ese formulario de afiliación, suscrito y firmado por la demandante.

Resalta que para esa fecha de suscripción y firma del formulario, no existía esa ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, por lo cual nace esa obligación de las A.F.P. de la doble asesoría a sus afiliados. Dice que ese análisis de suministrada por la A.F.P. y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas, única y exclusivamente bajo la Ley 100, de la cual manifestaba que, la suscripción del formulario, era válida para aceptar que se había recibido esa información.

Dice que no es razonable, ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de informaciones no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento de traslado de régimen, y expresa que tal exigencia, desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y del debido proceso no consisten solamente en la posibilidad de defensa o de

oportunidad para interponer recursos, sino que, se exigen además, como lo expresa el artículo 29 de la constitución el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Pronuncia que ese juzgamiento a la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, que sin haber participado en el trámite de traslado, es quien debe afrontar la carga de una prestación, esto en base que no se tuvo en cuenta, al momento de proferir sentencia el tan importante principio de la relatividad jurídica, entorno a que Colpensiones, en el asunto es un tercero.

Pide recordar que los actos jurídicos, en principio, solo tiene efectos interpartes y las consecuencias que se deriven de esos actos jurídicos, solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo que solicita tenerse en cuenta, Colpensiones no puede de ninguna forma ser favorecida, pero mucho menos puede ser perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y al A.F.P. Porvenir.

Se refiere a la que la carga de la prueba que recae única y exclusivamente en las A.F.P. y traspone lo señalado por la Corte, en las sentencias referidas por la juzgadora de primera instancia, a ese tipo de decisiones se encuentra que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento o asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto la leyes que surgieron entre 1994 y el 2016 no exigía nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Dice que es por eso que al imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, se constituyen en una situación de carácter imposible, también expresa que se evidencia una interpretación errónea del artículo 1604 del código civil por la corte suprema dentro de la jurisprudencia objeto de análisis; invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba suscitando que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierte en objetiva, toda vez que no se exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de algún vicio, fuerza o dolo al momento de afiliación al R.A.I.S. y obliga que toda la carga probatoria recaiga, única y exclusivamente en la A.F.P. demandada, sin que exista el mínimo esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

Resalta que para esa fecha del traslado de régimen en año 2000, solo se exigía el formulario de afiliación para acreditar que se brindó esa información a la

demandante; no se exigía documento distinto, con lo que pretende determinar el A-QUO sin ningún sustento, al decir que no se aportó documento que sustenta que la demandante recibió esa información y con formulario de afiliación no es suficiente para demostrar que se suministró la misma.

Pregunta el apoderado ¿Cuál es el documento que era necesario para el año 2000 para demostrar que se le brindó la información a la demandante y que no está consignado? Y reitera que, para el año 2000, no existía por la normatividad y jurisprudencia vigente para tal data, documento diferente.

Resalta que, ese documento fue aportado y con lo cual se podría decir que la A.F.P. Porvenir, cumplió con esa carga de la prueba. Dice que la demandante dice no haberlo firmado, sin embargo, puede verse, al interior del expediente, que el documento se encuentra legalmente firmado por la demandante, que no fue tachado de falso y, según dice, ahí se puede demostrar, también que, seguramente no se acuerda haberlo firmado o no se acuerda de haber recibido esa información, pues, se está hablando de un acto que sucedió hace más de 20 años.

Dice que en la sentencia se manifiesta esa falta de información que también radica que no se explicaron las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual y, entonces, debe precisarse que esas características y condiciones pensionales, propias de este régimen, están consignadas en el artículo 59 y siguientes, de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional, impone su promulgación, por tanto, no es dable alegar la ignorancia como excusa, a voces, de lo que prevé el artículo 9 del código civil, para atribuir a la A.F.P. la responsabilidad de remitir esa información y respecto de lo que ya está señalado en la Ley.

Finalmente, pone en consideración de los Honorables Magistrados que en este asunto la accionante nació el 20 de octubre de 1959 y a la fecha cuenta con 62 años de edad y ha permanecido en el R.A.I.S. por más de 20 años, por lo cual la administradora Colombiana de pensiones, resulta lesionada con la decisión adoptada el día de hoy. Esto en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 48 de la constitución y adicionada por el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, de donde se reitera que el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, en el cual se hace la prohibición expresa de que no se podrán trasladar cuando le faltaren 10 años o menos para el cumplimiento de la edad, para tener derecho a la pensión. Dice que no es un artículo caprichoso y esto tiene su razón de ser, y es que, el propósito que ha tenido el legislador de proteger al fondo común, por medio del cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones, para pagar las pensiones a las personas que efectivamente cumplen los requisitos.

Sustenta lo anterior con Sentencias como la C-1024 de 2004 y la C-062 del 2010. Y expresa que permitir que personas, como la demandante, que estuvo por más de 20 años por fuera del régimen que administra Colpensiones, retorne, y resulte beneficiada con un pensión, va en contra del concepto constitucional de equidad, consagrado en el artículo 95, sino también el principio de eficacia pensional.

Reprocha que la demandante pudiese haber recuperado unas semanas que cotizó hacia el año 1992 y antes de 1994, en la cual se dijo por parte de la juzgadora que la A.F.P. Porvenir había recibido esos aportes, máxime si se tiene en cuenta que esos periodos, pues, la demandante, estaba afiliada a Colpensiones, y era esta quien era la llamada a realizar ese cálculo actuarial y a verificar esa situación.

Dice que según su criterio estos periodos no deberían tenerse en cuenta y por lo tanto no se logran acreditar esas 750 semanas para ser beneficiaria del régimen de transición, así mismo, en cuanto, a la pensión que hoy se otorga por parte de la señora juez, pues, dice que otorga una pensión de acuerdo a lo consagrado en el artículo 049, y teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente, que no acredita esas 750 semanas, para ser beneficiaria de régimen de transición; y también teniendo que el régimen de transición finalizó el 31 de diciembre de 2014, y después de esa fecha la demandante continuo cotizando a pensiones hasta el año 2018, como lo manifestó la señora juez.

Pide tener en cuenta lo consagrado en el Decreto 758 de 1990 en su artículo 13 y 35, en los cuales, se dice que se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para el riesgo, para obtener ese derecho a la pensión, para poderse pensionar, entonces no sería viable otorgar esa pensión bajo lo dispuesto en el acuerdo 049. Máxime, si se tiene en cuenta que siguió cotizando más allá de cuando finalizó el régimen de transición hasta el año 2018.

También solicita a los Honorables Magistrados, se revoque la decisión en cuanto a la condena en costas, a Colpensiones, ya que como se dijo, no tuvo injerencia al momento de ese traslado de régimen, y por lo cual, no puede ser condenada por un error que cometió otro agente.

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 **Gloria Isabel Avellaneda Gómez** el día 26 de enero de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene

derecho a que AFP Porvenir 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 26 de enero de 2000 con efectividad a partir del 1° de marzo de 2000 (fl.122)

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 por 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 válido 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 adocinado, 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. AFP Porvenir SA aportó: certificado afiliado expedido por Porvenir, Formulario de afiliación, historial asofondos SIAFP, relación movimientos a nombre de la demandante, copia relación de aportes, historia laboral bono pensional, derecho de petición radicado por la demandante 22 de julio de 2016, comunicado de 3 agosto de 2016, calculo

actuarial enviado a la demandante el 5 de septiembre de 2016, comunicado de 18 octubre de 2016, comunicado enviado a la demandante rad 0100222081651100 edicto emplazatorio El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de enero de 2000, 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 26 de enero de 2000, la demandante tenía 749 semanas (fl.44) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 20 de octubre de 1959 – fl 43) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionado en el 2016 en el RPM, (actualmente ha cotizado más de 1701 semanas fl.44), 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 con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, 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 S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de 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 adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues 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.

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 **Gloria Isabel Avellaneda Gomez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 26 de enero de 2000.

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 las apelantes AFP Porvenir S.A y Colpensiones, 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 26 de marzo de 2021 por el juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y a favor de la parte actora. Fijense 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. 11001310501920170063201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501920170063201)

Aclaro Voto!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501920170063201)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 19-2018-00640-01

Bogotá D.C., septiembre veintiocho (28) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: JANNETH CONSTANZA BEJARANO LOZANO

**DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A.**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (AFP
PORVENIR S.A Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada (Porvenir, y Colpensiones) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

Se reconoce personería al abogado Elkin Fabian Castillo Cruz con tarjeta profesional No.261.451 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado (fl234)

La parte demandante (fls.238), la parte demandada Colpensiones (fls.232-233) y AFP Porvenir SA (fls.226-230), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 18 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El(la) señor(a) Janneth Constanza Bejarano Lozano instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 3, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante del RPM al RAIS en el mes de abril de 1995 ante la AFP Horizonte que en la actualidad se fusione con la AFP Porvenir S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al RAIS al que pertenece dicha administradora.
2. Se Ordene a AFP Porvenir S.A., retornar a la demandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por Colpensiones.
3. Se ordene a Colpensiones, recibir en el RPM a la demandante y mantenerlo como afiliado desde el día 24 de agosto de 1981 sin solución de continuidad,
4. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.
5. Se condene lo que ultra y extra petita el señor Juez considere.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.68-70) y AFP Porvenir SA (fls.98-105), de acuerdo al auto del 19 de octubre de 2018, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 19 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 31 de mayo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la Janneth Constanza Bejarano Lozano identificada con C.C. No 51.615.979 del RPM administrado por Colpensiones al RAIS administrado por AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A. identificada con NIT 800.144.331-3 realizado el 28 de marzo de 1995. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante Janneth Constanza Bejarano Lozano identificada con C.C. No 51.615.979 al RPM hoy administrado por Colpensiones, desde el 24 de agosto de 1981, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el RPM. **CONDENÓ** a la demandada AFP Horizonte hoy AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Janneth Constanza Bejarano Lozano identificada con C.C. No 51.615.979, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses, y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a Colpensiones. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. **NO CONDENÓ** en costas y **ORDENÓ** se surta el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifiesta que para declarar la ineficacia del traslado por parte del Fallador de primera instancia, acontecieron, con respecto del deber de información, como una obligación de ser probado por parte de Porvenir, el de suministrar una información clara, suficiente, y sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional.

Dice que no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de la afiliación en el formulario de afiliación, documento público, que en ningún momento fue tachado de falso por la parte demandante, donde se expresó que hacía constar de forma libre y espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual. Indica que era conforme lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal

expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, quien se presume como una persona capaz para obligarse.

Expresa que en el hipotético de que la voluntad del afiliado, estuvo viciado de la ausencia total de la información, o que ésta fue insuficiente al momento de realizar el traslado, es incuestionable e inocultable que siempre se le garantizó el derecho de retracto. Señala que así lo dispuso inicialmente el artículo 3 del Decreto 1161 del año 94, también literal E del artículo 13 original de la Ley 100 del 93, y la modificación introducida por el artículo de la Ley 797 del año 2003.

Considera que con la declaratoria de la ineficacia del traslado entre regímenes, se desconoce el Principio de la autonomía privada de la voluntad que contaba la demandante, definida en la jurisprudencia constitucional, en sentencia C 341. Del año 2006. Como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de los que son titulares, y por ende, crear derechos y obligaciones siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

Señala también que se acreditó que la actora se vinculó con AFP Horizonte en el año 95, y añade que mediante escritura pública número 2250 del 26/12/2003, registrado en la Cámara de Comercio del 31 de diciembre, se perfeccionó una fusión de la AFP Horizonte pensiones y cesantías con AFP Porvenir, y que por lo tanto, no habría lugar a una eventual condena por gastos de administración, y se refiere a lo dispuesto en el artículo 178 del Código de Comercio, en virtud de la fusión, Porvenir adquirió bienes y derechos de la AFP Horizonte pensiones y cesantías y se hizo cargo del pasivo interno y externo de este fondo. Luego como requisito para el trámite ante la Supersociedades, en concordancia con lo señalado en el artículo 113 del Código de Comercio para el proceso de fusión, se debieron acreditar estados financieros de las empresas a funcionar, esto es: activos, pasivos, patrimonio neto, estado de los resultados, estado de cambios del patrimonio, estado de flujo de efectivo y las notas.

Continúa indicando que Porvenir, en la fusión, no pudo recibir, ni como activo o como pasivo, los gastos de administración de las cuentas de los entonces afiliados a la AFP Horizonte pensiones y cesantías. Dice que de manera taxativa del artículo 113 de la Ley 100 del 93 señala cuáles son los conceptos que forman parte de la cuenta individual de los afiliados en el régimen de ahorro individual, esto es, el saldo de cuenta y sus rendimientos. Sumado a la inexistencia de esta obligación a favor del fondo de pensiones, Horizonte, para el año 2013, año de la fusión, como quiera que este ha sido producto de las decisiones judiciales actuales.

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

Reprocha la decisión de declarar la ineficacia del traslado del régimen de la demandante porque se fundamentó en la falta del deber de información por parte de la AFP demandada al momento de la suscripción del formulario de afiliación pasando por alto que para la fecha en que se realizó el traslado, la normatividad aplicable para esa época era la ley 100 de 1993 y una de sus características era la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, y dicha aceptación se perfeccionaba a través de la firma del formulario de afiliación.

Resalta que para la fecha de suscripción y firma del formulario, en noviembre de 1995, no existía la Ley 1748 del 2014. Ni el Decreto 2071 del 2015 con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados. Dice que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario, o de la materialización del traslado en este asunto, que dice es, la ley 100 de 1993.

Expresa que no es razonable, ni jurídicamente válido, imponer a la administradora, obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento de traslado de régimen. Dice que tal exigencia, desvirtuar el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y del debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige además, como lo expresa el artículo 29 de la carta política, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Alega que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, que sin haber participado en algún trámite de traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación. Dice esto con base en que no se tuvo en cuenta al momento de proferir la sentencia tan importante principio de la relatividad jurídica.

Dice que Colpensiones es un tercero en este asunto y pide recordar que los actos jurídicos, en principio, tienen efectos Inter partes y las consecuencias que se derivan

o se dividen de la celebración de este acto jurídico sólo deben repercutir sobre las partes involucradas.

Apela que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP. Dice que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para aprobar el conocimiento y el asentamiento del afiliado respecto al traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde costaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y que imponer cargas adicionales a las previstas a las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Considera que la accionante, ha permanecido en el RAIS por más de 26 años, por lo que la Administradora Colombiana de Pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada, en cuanto a la afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera el sistema, consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 01 del 2005.

Reitera el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, en el cual se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse al régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y dice que no es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser. Dice que el principal propósito que tuvo el legislador, de establecer la prohibición, es proteger el fondo común el cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con los requisitos estipulados en la normativa pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial.

Pide tenerse en cuenta que los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, sustenta la afirmación con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1024 del 2004, y la C-062 del 2010.

Solicita en caso de confirmarse la decisión por parte del Tribunal, se mantenga la condena impuesta a la AFP, actual administradora en la que se encuentra la demandante, en el entendido que ésta debe reintegrar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones que recibió por parte de la demandante, esto es, los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al FGPM, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuantía individual y en general todos los aportes efectuados por la accionante a la AFP.

Solicita también se adicione a la sentencia la condición de que la condena impuesta a Colpensiones de recibir la demandante, activarla como afiliada y actualizar su historial laboral, sólo podrá hacerse efectiva una vez cumplidas las obligaciones impuestas a la AFP en la sentencia, toda vez que, según expresa, Colpensiones no podrá darle cumplimiento de la misma, hasta tanto la AFP no reintegre los recursos y actualice la información de la demandante en la respectiva base de datos.

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 **Janneth Constanza Bejarano Lozano** el día 28 de marzo 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que AFP Porvenir 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 el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 28 de marzo de 1995 con efectividad a partir del 1° de abril de 1995 (fl.108)

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 por 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 de la demandante. AFP Porvenir SA aportó: certificado afiliación, historial SIAFP, copia historia laboral válida para bono pensional, historia laboral OBP, relación de aportes y movimientos, historia laboral consolidada, copia formulario de afiliación de fecha 28 de marzo de 1995 con porvenir, edicto emplazatorio El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de marzo de 1995, 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 28 de marzo de 1995, la demandante tenía 639 semanas (fl.140) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 16 de abril de 1961 – fl 16) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría haberse pensionarse en el RPM en

el 2018 (Actualmente ha cotizado más de 1887 semanas fl.140), 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 con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, 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 S.A.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Porvenir SA en cuanto a la no devolución de 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 adocrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues 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.

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 **Janneth Constanza bejarano Lozano** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Porvenir S.A. el 28 de marzo de 1995.

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 las apelantes AFP Porvenir S.A y Colpensiones, 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 31 de mayo de 2021 por el juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las partes demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones 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. 11001310501920180064001)



DAVID A. J. CORREA STEER

(Rad. 11001310501920180064001)

Aclaro Nota!



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310501920180064001)