



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** AURA DIGNA OBANDO CHAMORRO

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 021 2021 00152 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2022, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se efectúe la totalidad del traslado de aportes de la administradora de fondo de pensiones PORVENIR a COLPENSIONES; la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual, la vinculación en el Régimen de Prima Media, el traslado de aportes de PORVENIR a COLPENSIONES, el pago de costas y agencias en derecho.

Sustentó las pretensiones en síntesis en los siguientes hechos: nació el 22 de octubre de 1969, cumplió 57 años de edad en el año 2017, trabajó con la gobernación de Putumayo desde el 20 de diciembre de 1989 hasta el 21 de abril de 1995, cotizó en el fondo privado PORVENIR desde el mes de octubre de 1996 hasta la fecha, solicitó la anulación del traslado a PORVENIR y a la UGPP, los promotores de PORVENIR y COLPENSIONES no le brindaron información al momento de la afiliación y desafiliación.

**PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas porque la afiliación realizada por la demandante fue libre e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

Se le garantizó el derecho el derecho de retracto a la parte actora como lo dispuso el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y se realizó comunicado de prensa en el diario el Tiempo para informar la posibilidad con que contaba los afiliados por trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003.

No procede la condena de devolución de los gastos de administración, porque de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se destina en ambos regímenes para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, gastos que no forman parte integral de la pensión de vejez, por lo que se encuentran sujetos a la prescripción.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

**COLPENSIONES** contestó la demanda, se opuso porque dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la DEMANDANTE, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Adicionalmente, la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, y, en consecuencia, no procedería

el traslado de régimen pensional por la prohibición legal consagrada en la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito, mediante sentencia de 20 de enero de 2022, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual el 6 de octubre de 1996 con fecha de efectividad a partir del 7 de octubre de 1996 por intermedio de PORVENIR S.A. y en consecuencia declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos, y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual. para lo cual se concede el término de un mes. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. Declaró probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR. Condeno en costas a PORVENIR incluyó como agencias en derecho la suma de \$1.700.000.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**PORVENIR** presentó recurso de apelación con el objetivo de que se revoque la decisión de primera instancia porque se afectan los principios de confianza legítima y sostenibilidad financiera; el primero, porque la voluntad de afiliación se demuestra con la firma del formulario y se ratifica con la permanencia en el régimen, y el segundo, porque la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003 y tuvo la

oportunidad de retornar al régimen de prima media. Se revoque la condena de devolución de los gastos de administración porque son valores que se descuentan por disposición del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los cuales también se generan en el régimen de prima media, y los únicos valores a retornar son los aportes y rendimientos; adicionalmente, la entidad ha obrado de buena fe y los gastos de administración se utilizan para generar los rendimientos que incrementaron la cuenta de la parte actora. Los gastos de administración se encuentran sujetos a la prescripción porque no financian la pensión y en consecuencia no se benefician de la imprescriptibilidad del derecho pensional.

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque el fallo de primera instancia porque el precedente se debe aplicar a cada caso concreto; no se acreditó vicios del consentimiento por el contrario se demostró que el traslado fue libre y voluntario. En caso de confirmarse la sentencia se debe reintegrar la totalidad de los aportes y se confirme la no condena en costas, en la medida que tiene la calidad de tercero en el acto jurídico celebrado entre PORVENIR y la demandante.

### **ALEGACIONES**

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las partes.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

### **Elementos de prueba relevantes:**

- Historia laboral consolidada PORVENIR.
- Formato certificado de información laboral.
- Copia de la cédula de ciudadanía, se constata nació el 22 de octubre de 1960.
- Reclamación administrativa y respuesta de la UGPP.
- Registro SIAFP.
- Solicitud de vinculación a HORIZONTE el 6 de octubre de 1996.
- Comunicados de prensa.
- Relación histórica de Movimientos PORVENIR.

- Relación de aportes.
- Resumen historia laboral, bono pensional.
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones. No vinculado.
- Solicitud de traslado a COLPENSIONES y respuesta negativa.

Interrogatorios de parte.

### **Caso Concreto**

Los apoderados de la parte demandada apelaron la sentencia con el objeto que se revoque la misma, aunado a que se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 35 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y estuvo vinculada en el régimen de prima media, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte de la demandante que el traslado lo realizó de manera libre y voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la gestora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento presentado por PORVENIR relacionado con que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el*

*señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*

*En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables"*

*Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las*

*que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que *“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)*

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “*suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad*”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del Traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, S11688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018,

etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a*

*plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

*... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).*

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha señalado como efecto de la declaración de ineficacia que le corresponde a la Administradora de fondo de Pensiones devolver los rendimientos **y gastos de administración**, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), y en ese orden de ideas, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia porque no está llamado a prosperar el argumento de apelación de PORVENIR.

Con relación a la excepción de **prescripción** respecto de los gastos de administración, es de señalar que ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra inmerso el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible así como los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.*

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»*

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de enero de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 021 2021 00152 01**

**De: AURA DIGNA OBANDO CHAMORRO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** LUZ MARINA LONDOÑO QUIZA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 020 2021 00101 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare que fue nula y no produjo efectos la decisión de trasladarse del RPM al RAIS administrado por PORVENIR, que consecuentemente se declare que nunca perdió el régimen de transición pensional o en su defecto se ordene el traslado sin los beneficios del régimen de transición, que se condene a COLPENSIONES a recibirá en el Régimen de Prima media con Prestación definida, y se ordene a PORVENIR a trasladar todo el ahorro efectuado como aportes, rendimientos, bono pensional, sin que se realice descuento alguno.

Sustentó las pretensiones en que nació el 8 de enero de 1961, inició su vida laboral en 1989 y estuvo vinculada al régimen de Prima Media con Prestación Definida en CAJANAL entre 1989 y 1995, el asesor de PORVENIR con base en supuestos falsos e induciéndola en error le manifestó que el ISS se encontraba en serios problemas financieros y que era muy probable su desaparición y por tanto su pensión no estaba segura, que su pensión de vejez sería muy superior y que podría pensionarse con el monto deseado; la asesoría fue verbal, y no se realizó un cuadro comparativo entre los dos regímenes.

**COLPENSIONES** contestó la demanda, se opuso porque dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se este en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la DEMANDANTE, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Adicionalmente, la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, y, en consecuencia, no procedería el traslado de régimen pensional por la prohibición legal consagrada en la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; innominada o genérica.

**PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas porque la afiliación realizada por la demandante en el año 1995 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT.

No es procedente declarar la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto señala que la afiliación quedara sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de la afiliación al Sistema de seguridad Social que impidan dicho derecho, es decir, se refiere dicha ineficacia a situaciones o actuaciones dolosas, las cuales ni se alegan ni se

acreditan en esta demanda. Y en todo caso aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito, mediante sentencia de 22 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la demandante el 1° de agosto de 1995 al Fondo Pensional PORVENIR. Declaró como aseguradora de la demandante para todos los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES. Ordenó a PORVENIR a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales. Condenó a COLPENSIONES y PORVENIR en costas y fijó como agencias en derecho tres s.m.m.l.v

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con el objeto de que se absuelva de la totalidad de las pretensiones porque no se acredita vicio en el consentimiento, el error de derecho no tiene la fuerza de generar vicio en el consentimiento, la carga de la prueba corresponde a la parte demandante, la decisión descapitaliza el sistema.

**PORVENIR** presentó recurso de apelación con el objetivo de que se revoque la decisión de primera instancia porque el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 expresa que existan actos que impidan o atenten contra la afiliación y en presente caso no se alegan ni acreditan actos dolosos que contraríen la voluntad del afiliado; por el contrario, se acredita que la demandante se trasladó de régimen de manera voluntaria. Tampoco se acredita perjuicios y la prueba que se allegó al expediente es la exigida por la Ley, aunado a que la demandante permaneció por más de 20 años afiliada al RAIS. La condena en costas es excesiva teniendo en cuenta la naturaleza y duración del proceso.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

**Elementos de prueba relevantes:**

- Certificado de afiliación a PORVENIR.
- Historia Laboral de PORVENIR.
- Registro civil de nacimiento y copia de la cédula de ciudadanía, nació el 8 de enero de 1961.
- Solicitud de traslado y respuesta negativa.
- Certificación electrónica tiempos laborados CETIL.
- Resumen historia laboral bono pensional.
- Formulario solicitud de vinculación a PORVENIR el 1 de agosto de 1995
- Solicitud de afiliación y traslado a COLPATRIA el 28 de junio de 2000.
- Carta dirigida a PORVENIR, mediante la cual se solicita ser excluida como independiente para no generar intereses de mora.
- Relación histórica de movimientos PORVENIR.
- Relación de aportes PORVENIR.
- Registro SIAFP.
- Extracto de pensión obligatoria.
- Comunicados de prensa

Interrogatorio de parte y testimonio de EDWINO MENDEZ VASQUEZ.

**Caso Concreto**

Los apoderados de la parte demandada apelaron la sentencia: COLPENSIONES considera que se vulnera el principio de confianza legítima, la sostenibilidad financiera, aunado a que no se acreditó vicios del consentimiento y PORVENIR señala que no se acredita que existan actos que impidieran o atentaran contra la voluntad de afiliación de la demandante, por el contrario, se acredita la voluntad de permanencia en el fondo.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 34 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y estuvo vinculada a CAJANAL desde 1989 hasta 1995, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100

de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte de la demandante que el traslado lo realizó de manera libre y voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la gestora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento presentado por COLPENSIONES relacionado con que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo*

*al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada

uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que “... *precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)*

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto

663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del Traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de*

*instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompaña con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha señalado como efecto de la declaración de ineficacia que le corresponde a la Administradora de fondo de Pensiones devolver los rendimientos **y gastos de administración**, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), y en ese orden de ideas, hay lugar a adicionar la sentencia de primera instancia para que PORVENIR devuelva los gastos de administración que descontó a la demandante durante su permanencia en esa administradora de pensiones, debidamente indexados a COLPENSIONES, en aplicación de ese mismo precedente jurisprudencial.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará y adicionará la sentencia de primera instancia.

Por último, en relación con la condena en costas, es de anotar que el argumento de apelación se refiere a la fijación de las agencias en derecho, y esta no es la oportunidad para definir dicho recurso de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso, por lo que la sala se releva de estudiar tal aspecto.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral TERCERO de la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de indicar que PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES los gastos de administración descontados de la cuenta del demandante, debidamente actualizados, por las razones expuestas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

**TERCERO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 020 2021 00101 01**

**De: LUZ MARINA LONDOÑO QUIZA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** ZALATIEL CELY BALLESTEROS

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 018 2019 00872 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, como consecuencia, se ordene al fondo privado a devolver a Colpensiones todos los aportes junto con los rendimientos efectuados, a Colpensiones a aceptarlo en el RPM en virtud del regreso automático, se condene en costas y agencias en derecho y a lo ultra y extrapetita.

Sustentó las pretensiones en que cotizó en el Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por el ISS entre el 1 de febrero de 1982 y el

mes de octubre de 1998; a finales de 1998, el asesor del fondo COLMENA efectuaron visitas a las instalaciones ofreciendo beneficios al trasladarse de régimen pensional; se trasladó el 18 de noviembre de 1998; ni antes, durante o después del traslado de régimen pensional ninguno de los asesores le brindaron información, pertinente, veraz y oportuna para tomar la decisión de trasladarse nuevamente de régimen; cuenta con 1162 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; al efectuar la liquidación de la pensión en el RPM la mesada pensional sería de \$2.878.990 y en el RAIS sería de \$828.116, lo cual le genera un detrimento patrimonial entre lo que aporta y lo que recibiría como mesada pensional; presentó petición de traslado a Colpensiones y recibió de la entidad respuesta negativa.

**PROTECCIÓN** contestó la demanda con oposición a las pretensiones en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN porque es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como se verifica del formulario de vinculación que suscribió el demandante. El acto de traslado tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y PROTECCIÓN por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado. Dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, toda vez que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera vicia el consentimiento.

Presentó las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica.

**COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones tanto declarativas como condenatorias que se formulan en su contra porque el actor comprende que este en la actualidad se encuentra debidamente a la AFP PROTECCIÓN S.A. y no demostró error, fuerza o dolo que coartara su libre escogencia de régimen pensional o durante la afiliación a la Administradora Privada, por lo cual no es procedente que se declare que el formulario de afiliación fue permeado por vicios de consentimiento. Aunado a que el demandante solicitó traslado de régimen pensional a COLPENSIONES cuando

se encontraba a menos de 10 años para acreditar la edad para acceder a la pensión de vejez, de acuerdo a los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003, por lo que se enmarca en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida; error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido; buena fe; prescripción; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito, mediante sentencia de 24 de febrero de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN suscrita el 18 de noviembre de 1998; declaró que para todos los efectos legales nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de demandante, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, debidamente discriminados. Ordenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de PROTECCIÓN. Declaró no probada la excepción de prescripción, se relevó de estudiar los demás medios exceptivos. Impuso costas a cargo de PROTECCIÓN y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**PROTECCIÓN** Presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque la decisión que impuso la obligación de devolver los gastos de administración dado que su descuento se genera por encontrarse así consagrado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera el principio de sostenibilidad financiera en la medida que el demandante no guardó fidelidad en el régimen de prima media lo cual afecta a los usuarios

del fondo común; la carga de la prueba le compete al demandante porque es quien debe probar los hechos que sustentan las pretensiones; aunado a que las normas que regulan el traslado de régimen pensional se encuentran consagradas en una norma nacional, por lo que no se puede alegar ignorancia de la ley.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema y si no procede la condena de devolución de los gastos de administración.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- copia de la cédula de ciudadanía, se constata que el demandante nació el 7 de marzo de 1957.
- Reporte semanas cotizadas a COLPENSIONES, 310,29 semanas.
- Historia laboral PROTECCIÓN.
- Formulario de solicitud de vinculación a COLMENA el 18 de noviembre de 1998.
- Proyección pensional de PROTECCIÓN.
- Declaración extraproceso.
- Derecho de petición dirigido a COLPENSIONES y respuesta.
- Registro SIAFP.
- Historia laboral bono pensional.
- Reporte estado de cuenta.
- Historia Laboral PROTECCIÓN.
- Comunicados de prensa.
- Registro RUAF.

Interrogatorio de parte.

#### **Caso Concreto**

Los apoderados de la parte demandada apelaron la sentencia: Colpensiones considera que se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema, y PROTECCIÓN argumenta que no procede la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 41 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 310,29 semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte de la demandante que el traslado lo realizó de manera libre y voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte gestora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento presentado por COLPENSIONES relacionado con que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que*

*contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*

*En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables"*

*Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite*

*advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que *“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)*

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una

autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del Traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar*

*autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha señalado como efecto de la declaración de ineficacia que le corresponde a la Administradora de fondo de Pensiones devolver los rendimientos y **gastos de administración**, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989). De tal manera que no procede el argumento de recurso de la demandada, en aplicación de ese mismo precedente jurisprudencial.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 018 2019 00872 01**

**De: ZALATIEL CELY BALLESTEROS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** LUIS ALBERTO MONSALVE SANTAMARÍA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 011 2019 00523 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación del Régimen de Prima Media con prestación definida al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el mes de agosto de 2003 y con fecha de efectividad septiembre de 2003, ante la AFP PORVENIR S.A. por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndolo al error y viciando su consentimiento para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora, que como consecuencia de la declaración de nulidad de dicho traslado, se ordene a PORVENIR retornar 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; que se ordene a COLPENSIONES recibirlo en el RPM y a mantenerlo como afiliado desde el día 16 de febrero de 1987 sin solución de continuidad; que se condene al pago de las costas y agencias en derecho y lo ultra y extrapetita.

Sustentó las pretensiones en que nació el 30 de mayo de 1957, estuvo afiliado al ISS desde el 16 de febrero de 1987 hasta agosto de 2003 y cotizó 558 semanas; los asesores de PORVENIR en el mes de enero de 2003 le presentaron el nuevo régimen pensional, le informaron que el ISS se iba a acabar y por tanto los trabajadores tendrían que pertenecer a un fondo privado, que los aportes que realizaría tendrían muy buenos intereses mensuales a diferencia del ISS donde permanecería estable toda la vida; que la pensión que obtendría sería superior a la que percibiría en el ISS.

**COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones tanto declarativas como condenatorias que se formulan en su contra porque en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio de consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la DEMANDANTE al contrario se observa que las documentales e encuentra sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso la DEMANDANTE no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010.

Presentó las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

**PORVENIR S.A.** contestó la demanda, se opuso a las peticiones que pretendan recaer cualquier consecuencia jurídica o económica en su contra porque no se allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, aunado a que se pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaban a cargo de la AFP.

Presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito, declaró la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó el demandante del RPM administrado por el ISS al RAIS administrado por PORVENIR S.A., ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivas frutos, intereses y rendimientos. Ordenó a PORVENIR a reintegrar a COLPENSIONES de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros. Ordenó a PORVENIR realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el Sistema de Información de administradoras de FONDOS DE PENSIONES SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a COLPENSIONES el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS. Ordenó a COLPENSIONES que acepte a la actora en el RPM, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PORVENIR. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PORVENIR y fijó como agencias en derecho la suma equivalente a 1 smmlv.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia porque no era viable el traslado de régimen cuando el demandante solicitó el traslado, y la decisión emitida afecta la sostenibilidad financiera del sistema; no se acreditan vicios del consentimiento, aunado a que la nulidad no se incoó dentro de los cuatro años contados desde la celebración del acto de traslado; y se constata la ratificación del traslado de régimen con la voluntad de permanencia en el mismo durante todos los años que ha estado afiliado al RAIS. Subsidiariamente, en caso de confirmar la decisión se condicione el cumplimiento de la sentencia a cargo de COLPENSIONES a partir del cumplimiento de la sentencia por parte del fondo, y se confirme la no condena en costas.

**PORVENIR** presentó recurso de apelación con el objetivo de que se revoque la sentencia porque si se realiza una valoración del interrogatorio de parte se verifica que al demandante se le informó sobre las condiciones del RAIS; el

formulario de vinculación es prueba de la voluntad de afiliación y es una carga desproporcionada exigir la entrega de la información con unas condiciones no vigentes al momento de la vinculación al RAIS; no procede la condena sobre la devolución de los rendimientos y los gastos de administración, los primeros porque son prerrogativas del RAIS que no se generarían con la ineficacia del acto jurídico y respecto de los gastos de administración porque se generan por virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

### **ALEGACIONES**

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las partes.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta los principios de sostenibilidad financiera, si se configuró el fenómeno de la prescripción y si no procede la condena de devolución de rendimientos y gastos de administración.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- Registro civil de nacimiento y copia de la cédula de ciudadanía, se constata que el demandante nació el 30 de mayo de 1957.
- Certificado de traslado emitido por COLPENSIONES.
- Reporte de semanas expedido por COLPENSIONES, 1117,71 semanas.
- Simulación pensional emitida por PORVENIR.
- Certificación de afiliación a PORVENIR.
- Historia laboral consolidada PORVENIR.
- Reclamación administrativa a PORVENIR y a COLPENSIONES.
- Respuesta de PORVENIR y COLPENSIONES.
- Formulario de solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR el 14 de agosto de 2003.
- Resumen de bono pensional.
- Declaración extrajuicio.
- Registro SIAFP.
- Registro histórico de movimientos PORVENIR.

Interrogatorio de parte.

#### **Caso Concreto**

Los apoderados de la parte demandada apelaron la sentencia: Colpensiones considera que se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema, no se acredita los vicios del consentimiento y se produjo el fenómeno de la prescripción por el transcurso de cuatro años entre el momento del acto de traslado y el momento de interponer la demanda y PORVENIR argumenta que no se valoró el interrogatorio de parte, no procede la devolución de los rendimientos ni de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 46 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 1117,71 semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte de la demandante que el traslado lo realizó de manera libre y voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte gestora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento presentado por COLPENSIONES relacionado con que la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el*

*señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*

*En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables"*

*Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por*

*todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que *“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas*

*de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)*

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “*suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad*”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal

fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del Traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, S11688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público...”*

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha señalado como efecto de la declaración de ineficacia que le corresponde a la Administradora de fondo de Pensiones devolver **los rendimientos y gastos de administración**, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado. (SL2611-2020 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989). De tal manera

que no procede el argumento de recurso de la demandada, en aplicación de ese mismo precedente jurisprudencial.

Con relación a la excepción de **prescripción** de la acción de nulidad, es de señalar que ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que el tema se estudia se estudia por la ineficacia del acto de traslado y no la acción de nulidad no hay lugar a aplicar la prescripción, adicionalmente como en este tipo de asuntos se encuentra inmerso el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible, se aplica dicho concepto a los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.*

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»*

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 011 2019 00523 01**

**De: LUIS ALBERTO MONSALVE SANTAMARÍA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

DEMANDANTE: BLANCA LUZ MAYOR LOZADA

DEMANDADO: AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2020 00175 01

## **MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 9 de febrero de 2022, por el Juzgado dos (02) Laboral del Circuito de Bogotá.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se protejan sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, se declare su despido sin justa causa y, en consecuencia, se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando y que este se realice sin solución de continuidad; se ordene a la demandada el pago de salarios, prestaciones sociales y sanciones moratorias debidamente indexadas, al igual que el pago de aportes a la seguridad social hasta que se haga efectivo el reintegro.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que prestó sus servicios para la demandada en el cargo de líder regional de sector servicios y Pymes de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A, ARL Bogotá calle 104, desde el 22 de

abril de 2013 hasta el 4 de septiembre de 2019 con contrato laboral a término indefinido, calenda para la cual fue despedida sin justa causa.

Señalo que para diciembre del año 2016 le fue diagnosticada PATOLOGIA CATEGORIA IV BETHESDA COMPATIBLE CON CARCINOMA PAPILAR y por lo cual fue ordenada cirugía de extracción de tiroides total con vaciamiento el día 17 de enero de 2017. Para el 3 de febrero de 2017, se le identifica metástasis en los ganglios proximales, por lo cual proceden a realizar yodo terapia el 31 de mayo de 2017, lo que requiere de controles periódicos de 3 meses por parte de cirujano de cuello y cabeza y de los cuales tenía conocimiento la accionada desde el año 2018. El 27 de septiembre de 2018, la accionante fue citada por el área para realizar seguimiento de su estado de salud por parte de la Psicóloga de seguridad y salud en el trabajo **YULI INFANTE ARCILA**, ante quien la accionante presentó antecedentes médicos y los resultados de los controles médicos que debe tener, en dicha oportunidad manifiesta la demandante que solicitó ser valorada por el área de medicina laboral, puesto que se le designaron realizar viajes por todo el país, lo anterior para tener las recomendaciones laborales pertinentes, ya que los cambios bruscos de temperatura le generan baja de las defensas, pero en ningún momento le fue realizado dicho examen por la compañía. Esta solicitud según la psicóloga lo consignaría en el formato de seguimiento que ella llevaba. El 4 de octubre de 2019, la accionante fue desafiliada por EPS Compensar en virtud de la terminación del contrato. La EPS Compensar, una vez verificada la desafiliación al sistema, procedió a afiliarse a la accionante como beneficiaria de su esposo PARRA JHON JAIRO, en donde le manifiestan que en virtud de la protección laboral gozan de servicio de salud hasta 14 de noviembre de 2019, sin embargo, al cónyuge de la accionante le fue terminado su contrato en fecha 22 de agosto de 2019, por parte de **ACTIVOS S.A.**, quedando desamparado su núcleo familiar, pues ninguno de los cónyuges puede sostener la seguridad social de ellos y de sus menores hijas, pero especialmente para sus controles, quien debe hacer estricto seguimiento a su salud con lo que queda en absoluta desprotección ella y su núcleo familiar y sin trabajo para suplir tanto la seguridad social como su mínimo vital, pues la mayoría de ingresos del hogar eran sufragados con el salario de la accionante.

El 7 de noviembre de 2019, radicó la demandante acción de tutela en contra de la demandada para que se ampararan sus derechos fundamentales al **MINIMO VITAL Y MOVIL A LA VIDA EN CONEXIDAD A LA SALUD, IGUALDAD, TRABAJO, DIGNIDAD, SEGURIDAD SOCIAL Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**. Resolvió este recurso el juzgado Catorce (14) Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá quien accedió al amparo de los derechos invocados. Mediante fallo fechado

3 de febrero de 2020, el Juzgado Octavo (8) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, confirmó la decisión adoptada en primera instancia. Dentro del mismo fallo se dispuso un plazo máximo de cuatro meses siguientes a la notificación de este fallo de tutela so pena de perder el amparo otorgado. Dicho término se encontraba corriendo cuando sobrevino la contingencia del COVID 19 por lo que la demanda se entiende radicada en término según directrices del Consejo Superior de la Judicatura. Señala que, en el mes de octubre de 2019, le fue realizado control de chequeo con endocrino y se le autorizó control cada 6 meses. En la precitada cita, se ordenó a la demandante exámenes de sangre y ecografía de cuello, los cuales debía practicarse para la cita asignada en fecha diciembre 10 de 2019, a la cual no le fue posible asistir ya que se encontraba inactiva para esa fecha, de conformidad con la certificación de EPS Compensar que obra en el plenario. La Dra. MARIA FERNANDA ORTIZ abogada de la ARL AXA COLPATRIA, citó a la demandante el día 3 de diciembre a las 8:00 am al Área de Gestión Humana para dar cumplimiento al fallo de tutela y en el que se le indicó que no se le puede reintegrar en el puesto ya que se encuentra ocupado por otra persona. Después de sortear algunos inconvenientes frente a la normalización de pagos de seguridad social y afiliaciones, el 12 de diciembre de 2019, es reintegrada debiendo presentarse en las instalaciones del CENTRO DE ASESORIA PARA LA GESTION DE RIESGOS LABORALES, sede del grupo GAREC especialista en emergencias, con la Jefe del Área Marcela Rincón. El cargo al que es reintegrada es un cargo correspondiente al área de servicios cuando anteriormente pertenecía al área técnica, por lo que pone de presente que es una labor que nunca ha desempeñado y que por la naturaleza del mismo se expone a hacer mucho uso de su voz, lo que genera problemas de garganta. Solicita una evaluación de puestos de trabajo que le es negada por gestión humana ya que ella se encontraría reintegrada, mas no reubicada. Actualmente y en atención a su estado de salud, junto por la actual situación sanitaria se encuentra trabajando en su domicilio. (f.º 161-176)

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones con sustento en que la demandante no se encontraba amparada por fuero de estabilidad laboral reforzada en los términos de la ley y la jurisprudencia, pues no había sido calificada con una pérdida de capacidad laboral, ni alguna otra situación que la hiciera acreedora de especial protección, aunado a que la terminación de su contrato de trabajo correspondió al ejercicio de la facultad prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, eficacia de la terminación del contrato de trabajo, prescripción, buena fe y compensación. (Archivo 05 del expediente digital).

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 9 de febrero de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

### **RECURSO DE APELACION**

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la la sentencia de primera instancia, en síntesis, porque la demandante para el momento de su despido se encontraba en una situación de debilidad manifiesta, en consecuencia, se encontraba protegida por el fuero de estabilidad reforzada, máxime que no se requiere de una calificación previa de pérdida de la capacidad laboral.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron alegatos de conclusión.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar la procedencia de la ineficacia del despido y sí, como consecuencia de ello, procede el reintegro y demás pretensiones de la demanda.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 27-29, constancia de la terminación de contrato de trabajo sin justa causa, liquidación de prestaciones sociales y estado de cuenta AXA COLPATRIA.
- A folio 43- 54, 76-89, historia clínica.
- A folio 55-75, controles y certificados médicos.
- A folio 95- 100 incapacidades.
- A folio 104- 106, 113- 132, comunicaciones con la compañía.
- A folio 133- 151 tutela Juzgado Catorce (14) Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

- A folio 153- 159 sentencia de tutela del Juzgado Octavo (8) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.
- Anexos de pruebas: contrato, desprendibles de pago, afiliaciones al Sistema de Seguridad Social Integral.

**Caso concreto:**

El recurso de apelación está dirigido a que se declare que la demandante al momento del despido se encontraba en una situación de debilidad manifiesta por lo que considera gozaba de fuero de estabilidad reforzada.

Para resolver el problema jurídico planteado de la siguiente manera:

Respecto de la estabilidad reforzada para personas que sufren de algún tipo de discapacidad es de anotar que dicha protección se consagra en la Ley 361 de 1997 al establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a las personas con limitaciones físicas, a través del artículo 26.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia, frente a la solicitud de ineficacia del despido con el consecuencial reintegro conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, es necesario acreditar el grado de limitación en la capacidad laboral, junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión de la discapacidad que padece el trabajador.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 no determina los extremos de la limitación severa o profunda, pero se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia SU-049 de 2017 cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado de salud sea de tal magnitud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en Sentencia SL1360-2018, radicación 53394 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expuso:

*“que dicho precepto no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que «lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio», por lo tanto, «la invocación de una justa*

*causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador; en este sentido, «a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva».*

Lo anterior es relevante dado que ante el inspector del trabajo debe acudir el empleador cuando la terminación del vínculo sea por razón de la limitación, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En ese orden de ideas, de lo señalado por la Jurisprudencia de las Altas Cortes para que un trabajador acceda a la protección establecida en la ley 361 de 1997 se requiere que se encuentre en estado de discapacidad relevante, que el empleador conozca de dicho estado y que la relación laboral termine por razón de la limitación y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo (sentencia 32532 de 2009, reiterada entre otras en las sentencias 39207 de 2012, 42451 de 2016, 46842 de 2017, y 72060 de 2020), ello porque no es *“cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante”*.

Con ese marco normativo y jurisprudencial, al analizar todo el material probatorio adosado al expediente, se determina que para la fecha en que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo de la demandante, no contaba con una limitación que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares para cobijarla con una estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del vínculo laboral el 4 de septiembre de 2019; en primer lugar, porque según confesó la propia demandante en el interrogatorio de parte ella se encontraba ejerciendo sus funciones y no se le había emitido licencia médica por incapacidad ni se le había emitido recomendaciones o restricciones para el ejercicio de la labor. Tan solo hizo referencia (y así lo allegó también en la documental) a los controles que requería por su condición médica.

En segundo lugar, tampoco se puede deducir un estado de salud que impidiera ostensiblemente la ejecución de labores asignadas a la señora Blanca Luz Mayor Lozada, con el dictamen de PATOLOGIA CATEGORIA IV BETHESDA COMPATIBLE CON CARCINOMA PAPILAR que derivó en metástasis de los ganglios proximales, porque las pruebas recaudadas permiten inferir que la actora ejercía de manera normal las labores para las que fue contratada, al punto que ni siquiera de la historia médica que ordenó la juez allegar al proceso con carácter informativo se puede inferir esa limitación sustancial para el ejercicio de las labores señalada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

Vale la pena resaltar que los documentos aportados al expediente permiten inferir que la demandante ha desarrollado la enfermedad desde el año 2014, cuando se verifica la existencia de nódulos tiroideos, y el diagnóstico de **PATOLOGIA CATEGORIA IV BETHESDA COMPATIBLE CON CARCINOMA PAPILAR** data desde el año 2016, la que fue tratada y le permitió el ejercicio de sus labores de manera normal durante varios años,; por lo que no se encuentra el nexo causal entre la enfermedad y la terminación del vínculo contractual que lo fue el 14 de septiembre de 2019, data para la cual no contaba cómo se indicó en párrafos anteriores ni con licencia por incapacidad médica ni recomendaciones porque su capacidad laboral se encontrara afectada sustancialmente.

Si bien no se desconoce que la entidad era concedora de la situación médica de la actora, ya que desde el año 2018 se designó a la Psicóloga de seguridad y salud en el trabajo **YULI INFANTE ARCILA** para hacer seguimiento del estado de salud de la accionante Blanca Luz Mayor Lozada, tampoco se puede desconocer que no existía limitación sustancial a la capacidad laboral de la actora que generara el fuero de estabilidad pretendido en la demanda.

En ese orden de ideas, no se evidencia el criterio o ánimo discriminatorio a que hace referencia la precitada sentencia de Corte Suprema de Justicia en la decisión de terminación unilateral del vínculo laboral de parte de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

Bajo ese escenario, se debe anotar que la terminación del vínculo laboral por razón distinta a la situación de discapacidad de una persona que le impida el desarrollo de la actividad contratada no da lugar a la solicitud de autorización por parte del Ministerio, siendo precisamente esa la situación que se presentó en el caso bajo consideración de la Sala, en la medida que la terminación del vínculo laboral que existió entre las partes si bien fue por una decisión unilateral del empleador, quien por demás canceló la correspondiente indemnización, no lo fue con ocasión del padecimiento que aquejaba a la actora porque no se encontraba en estado de debilidad manifiesta, esto es, en una situación de salud que le impidiera o dificultara el desempeño de las labores en condiciones regulares al tenor de lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias T-041 de 2014, T-106, T-351, T-405 de 2015, T-141 de 2016 y sentencia de unificación SU-049 de 2017 y de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360-2018 proferida en el proceso identificado con la radicación 53394 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En conclusión, se establece que como la terminación del contrato de trabajo no obedeció a la condición médica que aquejara a la demandante, el empleador no debía solicitar permiso al Ministerio para proceder a finalizar vínculo contractual, lo cual genera como consecuencia que no sea ineficaz el despido y que no proceda el reintegro ni las pretensiones consecuenciales.

En conclusión, no están llamados a prosperar los argumentos del recurso de apelación y hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 09 de febrero de 2022, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en la presente instancia.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA CRIMALDO**  
Magistrada

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** GILBERTO ANTONIO GAMBOA MORA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 022 2021 00451 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la ineficacia del traslado del régimen pensional que realizó el 1 de julio de 2000 del ISS hoy COLPENSIONES a PROTECCIÓN, como consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. Se ordene a COLPENSIONES a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen, recibirlo sin solución de continuidad, se condene en costas y gastos del proceso, lo ultra y extra petita.

Señala como hechos que nació el 28 de septiembre de 1961, se trasladó de régimen el 1 de julio de 2000, la decisión no estuvo precedida de la debida diligencia por parte de la AFP porque no le dio información clara y comprobable para tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional; el traslado del ISS hoy COLPENSIONES se destacó por la indebida y nula información por parte de la AFP PRIVADA que lo recibió en cuanto a las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado de régimen pensional. Solicitó a PROTECCIÓN la nulidad del traslado.

**PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda con oposición a cada una de las declaraciones que la involucren, en especial a que se declárela ineficacia del traslado, porque el acto de traslado es válido, existente, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. La manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños ya que el actor tuvo la suficiente ilustración para que optar por el traslado de régimen, desvirtuándose así cualquier vicio del consentimiento.

No se puede pretender la declaratoria de nulidad o ineficacia soportando dicha pretensión en las expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que un acto es nulo por vicios en el consentimiento y no por la favorabilidad económica de un acto jurídico.

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

**COLPENSIONES** contestó la demanda, se opuso porque dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la parte DEMANDANTE, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Adicionalmente, la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, y, en consecuencia,

no procedería el traslado de régimen pensional por la prohibición legal consagrada en la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; e innominada o genérica.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito, mediante sentencia de 3 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad el 7 de enero de 2000, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, así mismo a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. Declaró que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional e la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas. ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de PROTECCIÓN y efectuar los ajustes en la historia pensional. Declaró no probadas las excepciones propuestas, condenó a PROTECCIÓN en costas y fijó como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**PROTECCIÓN** presentó recurso de apelación con el objetivo de que se revoque la decisión de primera instancia en lo que respecta a la condena a devolver los gastos de administración y primas previsionales porque son conceptos legales que se causan en ambos regímenes por virtud legal, cuya devolución al régimen de prima media genera un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES, aunado a que los gastos no hacen parte del capital para financiar la pensión.

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque el fallo de primera instancia en lo que tiene que ver con la ineficacia

del traslado porque se afecta económicamente a la entidad porque no se realizó las proyecciones para financiar la pensión del demandante, aunado a que no se determina si los aportes son suficientes para cubrir la pensión del demandante. La carga de la prueba es a cargo del demandante porque se genera una carga desproporcionada a los fondos porque para la fecha del traslado el único requisito exigido era el formulario suscrito por el afiliado. En caso de no revocarse la decisión de ineficacia del traslado, se debe confirmar en su totalidad de la sentencia.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y si dicha decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- Respuestas a derechos de petición de PROTECCIÓN y COLPENSIONES.
- Peticiones.
- Historia laboral.
- Copia de la cédula de ciudadanía, se constata que nació 28 de septiembre de 1961.
- Solicitud de vinculación a DAVIVIR el 7 de enero de 2000.
- Registro SIAFP.
- Comunicación de reasesoría pensional de 9 de agosto de 2013.
- Reporte estado de cuenta.
- Resumen historia laboral bono pensional.
- Historia laboral PROTECCIÓN.
- Comunicados de prensa.
- Expediente administrativo.

Interrogatorio de parte.

#### **Caso Concreto**

Los apoderados de la parte demandada apelaron la sentencia con el objeto que se revoque la misma, aunado a que se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 38 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de

ahorro individual y estuvo vinculado en el régimen de prima media, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte de la parte demandante que el traslado lo realizó de manera libre y voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la gestora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento presentado por COLPENSIONES relacionado con que la decisión afecta económicamente a la entidad, es de anotar que se interpreta como la afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema consagrado en la Constitución Política.

Respecto de dicho argumento, es válido recordar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*”.

*En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

*Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera*

*que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho

del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que *“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)*

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral,

y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase

de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del Traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de*

*establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definatorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario,*

*esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha señalado como efecto de la declaración de ineficacia que le corresponde a la Administradora de fondo de Pensiones devolver los rendimientos **y gastos de administración**, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado (SL2611-2020 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), y en ese orden de ideas, no está llamado a prosperar el argumento del recurso presentado por PROTECCIÓN.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 022 2021 00451 01**

**De: GILBERTO ANTONIO GAMBOA MORA contra  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE  
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** MARCOS ALONSO RICO ZOCADAGUI

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 030 2019 00680 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES, PORVENIR Y COLFONDOS contra la sentencia proferida el 1 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuada por COLFONDOS ante la omisión del deber de informarle con prudencia y pericia, y de manera clara, completa y veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas. Como consecuencia, se condene a

COLFONDOS a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado. Así como cualquier concepto por el que PORVENIR hubiere recibido ingresos por concepto de la afiliación con la demandante como cuotas de administración, entre otros. Se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, así como todos los valores obtenidos mientras estuvo vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual. Se condene a COLFONDOS al pago de los perjuicios morales ocasionados debido a la omisión de información. Se condene a lo ultra y extra petita, al pago de costas y agencias en derecho. Subsidiariamente, pretende se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado de régimen al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación.

Sustentó las pretensiones en que nació el 31 de diciembre de 1963, estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida hasta el 26 de junio de 1995 y sin que mediara autorización o consentimiento informado a COLFONDOS fue trasladado de régimen; solicitó el traslado de Régimen a COLFONDOS y a COLPENSIONES y le contestaron de manera negativa.

**COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones porque obra en el proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el ACCIONANTE al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria. Adiciona que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa por cuanto existe prohibición en la Ley 797 de 2003, artículo 2, literal e) para ejercer la opción de traslado de régimen cuando faltaren 10 años o menos para cumplir el status de pensionado.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica.

**COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se le involucre, y en especial, a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante al régimen que administra porque el demandante se trasladó de régimen a través de la AFP PORVENIR S.A. el 26 de junio de 1995 y solo hasta 1997 se afilió a COLFONDOS. El acto de traslado es válido y ratifica los actos propios del demandante al trasladarse de régimen y trasladarse entre administradoras de pensiones. Presentó las excepciones previa de falta de integración de litisconsorte necesario, y de fondo de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica,

ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago.

Mediante auto de 12 de octubre de 2021, se ordenó vincular a la AFP PORVENIR S.A. al proceso de manera oficiosa, teniendo en cuenta la contestación de la demanda de COLFONDOS.

**PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda, porque contrario a lo expresado por el demandante no fue trasladado al régimen con la AFP COLFONDOS S.A. porque según consta en el certificado de ASOFONDOS SIAFP el demandante se afilió con HORIZONTE hoy PORVENIR en el año 1995, la cual obedece a una vinculación inicial y no a un traslado de régimen, por lo tanto, no se acredita que estuvo en el régimen de Prima Media con Prestación Definida. Adicionalmente, indicó que la afiliación del demandante a HORIZONTE fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito, mediante sentencia de 1 de febrero de 2022, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. a partir del 26 de junio de 1995. Declaró válidamente vinculado al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso que permaneció en dicho régimen desde el 1 de mayo de 1997 hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. Condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso que permaneció en dicho régimen, esto es, desde

el 26 de junio de 1996 a 30 de abril de 1997, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas del Régimen de Prima Media con prestación definida. Declaró no probadas las excepciones. Absolvió de las demás pretensiones. Condenó en costas a COLFONDOS Y PORVENIR.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia porque no se acredita en el expediente la nulidad del traslado, que la carga dinámica de la prueba debe tener en cuenta los principios de buena fe y lealtad procesal, y en el presente proceso se impone cargas no previstas a la parte porque se impone una carga imposible de cumplir. No es dable alegar una falta de información por más de 20 años que permaneció el actor en el RPMPD, aunado a que la parte demandante no contribuyó al RPMPD y la financiación de la pensión a su favor afecta el equilibrio financiero dada esa falta de contribución.

**PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia porque no se debe aplicar la inversión de la carga de la prueba de manera discriminada, ya que la asesoría y prueba de la información otorgada no requería que se dejara constancia sobre ese evento por escrito, con el documento de vinculación se acredita el cumplimiento de la normatividad vigente para la época del traslado. En caso de confirmarse la sentencia, se debe revocar la condena de devolución de gastos de administración porque la administradora cumplió con el deber de generar rendimientos sobre las sumas entregadas por concepto de aportes.

**COLFONDOS S.A.** presentó recurso de apelación parcial respecto de la condena a devolver los gastos de administración porque se cumplió la finalidad para la cual fueron recibidos como fue la generación de rendimientos y los ismos están autorizados por la ley. Solicita la absolución de la condena en costas y agencias en derecho.

## **ALEGACIONES**

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de COLFONDOS y PORVENIR.

## **CONSIDERACIONES**

## **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión da lugar a un detrimento del fondo común y afecta el equilibrio financiero, se cumplió con la carga de la prueba y si no procede la condena de devolución de los gastos de administración.

### **Elementos de prueba relevantes:**

- copia de la cédula de ciudadanía, se constata que el demandante nació el 31 de diciembre de 1963.
- Reclamaciones y respuestas.
- Reporte semanas cotizadas en COLPENSIONES, 39,29 semanas.
- Reporte de AFP COLFONDOS.
- Tiempo bono pensional.
- Formulario de vinculación a COLFONDOS, el 21 de marzo de 1997.
- Registro RUAF
- Registro SIAFP.
- Solicitud de vinculación a HORIZONTE el 26 de junio de 1995.
- Historia laboral consolidada.
- Comunicados de prensa.

Interrogatorio de parte.

### **Caso Concreto**

Los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR presentaron recurso contra la sentencia con el objeto de que se revoque la misma y COLFONDOS con el objeto de que se revoque la orden de devolver los gastos de administración, punto de apelación también presentado por PORVENIR de manera subsidiaria, aunado a que COLFONDOS también presenta recurso frente a las costas y las agencias en derecho.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 31 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 415 semanas cotizadas al sistema (historia bono pensional), no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en

el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se deduce de la exposición en el interrogatorio de parte de la demandante que el traslado lo realizó de manera libre y voluntaria.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la parte gestora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Respecto del argumento presentado por COLPENSIONES relacionado con que la decisión afecta el equilibrio financiero del sistema porque la decisión va en detrimento del fondo común, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo*

*al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*”.

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada

uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que “... *precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.*

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general **cualquier persona** natural o jurídica **que impida o atente en cualquier forma** contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] **la afiliación respectiva quedará sin efecto**».*

*Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)*

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto

663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del Traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de*

*instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información **necesaria** implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, **ventajas y desventajas** objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor **transparencia**, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompaña con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.*

... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Adicionalmente, respecto del punto de apelación contra la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Respecto del punto de apelación sobre las costas señalado por COLFONDOS es de anotar que de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso las costas se imponen a la parte vencida y en el presente caso se emitió condena contra COLFONDOS y en relación con las agencias en derecho que estima desproporcionadas es de anotar que el recurso es extemporáneo porque de conformidad con el artículo 366 del compendio normativo antes mencionado las agencias pueden ser cuestionadas al momento de la liquidación. En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 1 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 030 2019 00680 01**

**De: MARCOS ALONSO RICO ZOCADAGUI contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** FERNANDO ANTONIO CORRALES ROA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 030 2020 00259 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 15 de junio de 1994 ante la AFP COLFONDOS S.A. por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndolo al error y viciando su consentimiento para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora, como consecuencia, se ordene a COLFONDOS a retornar los valores que hubiese recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES a recibirlo y

mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; se condene al pago de costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

Sustentó las pretensiones de la demanda en que estuvo afiliado al ISS hasta el 8 de noviembre de 1991; cotizó un total de 208,14 semanas; en el mes de junio de 1994 cuando laboraba en INVIAS los asesores de COLFONDOS le presentaron el nuevo régimen pensional, le dijeron que era una decisión de estado y de carácter obligatorio el cambio de régimen; le informaron que los rendimientos financieros a futuro iban a ser buenos, porque el ingreso a este mercado financiero de dinero lo hacía esperanzador; no le realizaron una proyección pensional de acuerdo a su edad y salario de la época; no le indicaron los requisitos que se necesitaban para pensionarse; tiene un total de 1483,86 semanas cotizadas a noviembre de 2019; solicitó a COLPENSIONES y COLFONDOS declarara la nulidad del traslado y retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se respondió la petición de manera negativa.

**COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se le involucre, y en especial, a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante en la forma en que aparece formulada en el escrito de la demanda, porque se le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, se le asesoró sobre las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

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

**COLPENSIONES** procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, en primer lugar porque se evidencia que se proyecta la acción con el fin de tener beneficios económicos; en segundo lugar, se encuentra el traslado ajustado al artículo 113 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambio de AFP lo que significa que existe una ratificación tacita que trata el artículo 1754 del C.C.; en tercer lugar, el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4 expresa que es un deber legal como afiliado del sistema general de pensiones estar pendiente de su status

pensional y en cuarto lugar el afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Presentó las excepciones de mérito de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica y la excepción no técnica de buena fe.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 9 de diciembre de 2021, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definido administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. a partir del 1 de julio de 1999; declaró válidamente vinculado al demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen, esto es, desde el 1 de julio de 1994 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Declaró no probadas las excepciones. Condenó en costas a COLFONDOS.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentó recurso de apelación COLPENSIONES con los siguientes argumentos: la sentencia es contraria a la Ley 797 de 2003, desconociendo que el traslado de régimen se ratifica por la permanencia del actor en el Régimen de Ahorro Individual, cuya vinculación se acredita con la suscripción del formulario de afiliación, único requisito exigido por las normas para la fecha del traslado; aunado a que la actora incumplió con sus deberes como usuaria del sistema financiero, sin que se pueda alegar el desconocimiento de la Ley. Subsidiariamente, si se confirma la decisión se exonere de la condena en costas y se garantice que todo lo que se encuentre en la cuenta individual del demandante incluido los gastos de administración se devuelvan a COLPENSIONES.

## **ALEGACIONES**

Los apoderados de la parte demandante y COLPENSIONES presentaron escrito de alegatos de conclusión.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión contraría la Ley 797 de 2003.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- Copia de la cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 28 de julio de 1959.
- Certificación expedida por COLFONDOS.
- Reporte de semanas emitido por COLPENSIONES. 208,14 semanas.
- Certificación emitida por COLPENSIONES.
- Reclamación administrativa a COLPENSIONES y respuesta.
- Tarjeta de identificación I.C.S.S. de 12 de junio de 1979.
- Derecho de petición a COLFONDOS y respuesta.
- Solicitud de vinculación a COLFONDOS el 15 de junio de 1994.
- Historia para bono pensional.
- Acta de declaración extraproceso rendida por el demandante.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorios de parte.

#### **Caso Concreto**

El apoderado de COLPENSIONES apeló la sentencia al considerar que la sentencia vulnera entre otras normas, la ley 797 de 2003 y hay ratificación de la voluntad de la parte actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Aun cuando presentó argumentos sobre las costas es de anotar que en el presente caso el juez de primera instancia no impuso condena en su contra, por lo que la sala no estudiara dicho argumento del recurso de apelación.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que el demandante a la edad de 34 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 208,14 semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a COLFONDOS de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por el actor en el interrogatorio de parte.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del gestor al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora bien, es de anotar, que el recurrente señala que la decisión contraría la Ley 797 de 2003, respecto de dicho argumento es de anotar que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 contiene una prohibición de orden legal con el objeto de impedir el traslado de personas con diez años o menos para cumplir el requisito de edad para adquirir el derecho a la pensión y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico;*

*pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...*

*En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: "... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables"*

*Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene

en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que “... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la

jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de lo expuesto en el interrogatorio por el demandante cuando señaló que cuando no le concedieron el traslado antes de cumplir 52 años no insistió y que cuando llegó a los 59 años se enteró que la pensión en el Régimen de Prima Media era mejor y de la miseria de pensión que iba a recibir en el régimen de Ahorro Individual y necesita la posibilidad de vivir dignamente.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1994, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(…) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).”*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).”*

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Con relación a la excepción de **prescripción** la cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible, lo cual se aplica a los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.*

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).”*

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por considerar que no se acreditaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 030 2020 00259 01**

**De: FERNANDO ANTONIO CORRALES ROA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** LAURA REYES VARGAS

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 036 2019 00636 01

**MAGISTRADA PONENTE:** ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

## **SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare que ha existido un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias con la AFP PORVENIR S.A., porque en la etapa precontractual, como en el momento de la ejecución del contrato, se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de afiliación; específicamente, el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibirá en COLPENSIONES. Que es ineficaz el traslado de régimen pensional. Como resultado de la declaratoria de ineficacia establecer que el demandante nunca dejó de pertenecer al

régimen de prima media con prestación definida. Que se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES y, en consecuencia, nunca dejó de pertenecer al RPM. Se condene a la AFP PORVENIR el traslado de los aportes cotizados en el RPM a COLPENSIONES, a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrarla como afiliada, al pago de costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita.

Sustentó las pretensiones de la demanda en que nació el 16 de diciembre de 1961, cotizó al Régimen de Prima Media desde el 16 de agosto de 1990 hasta el 31 de julio de 1999 un total de 355,71 semanas, además de las cotizadas a otros fondos de previsión. PORVENIR no le ofreció elementos de juicio, ni información veraz y acorde con la situación previa a la afiliación, ni tampoco le suministró los datos legales suficientes para que de una forma consciente decidiera cual era el régimen pensional que más le convenía. Transcurrido el tiempo se dio cuenta que lo ofrecido por la administradora de fondos de pensiones y cesantías no se ajustaba a la realidad pues el traslado de régimen pensional implicaba la disminución de su mesada pensional en más de un 70% que la otorgada por el I.S.S. hoy COLPENSIONES. No le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES, pues nunca se elaboró una proyección previa que le permitiera contar con la información completa. Radicó solicitud en PORVENIR y COLPENSIONES de invalidación de la afiliación y el traslado y recibió respuesta negativa.

**COLPENSIONES** procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, porque el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustada a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por la demandante. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, compensación, prescripción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, e innominada o genérica.

**PORVENIR S.A.** procedió a contestar la demanda, se opuso a las pretensiones porque la afiliación de la parte demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación - documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere al artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo 54 A del CPT. Le brindó información clara, precisa, veraz y suficiente, poniendo de presente el funcionamiento, los requisitos para obtener el reconocimiento de la mesada

pensional y las características del Régimen de Ahorro Individual, de conformidad con el artículo 60 y ss de la Ley 100 de 1993, aunado a que aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 31 de enero de 2022, declaró la ineficacia del traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad por la demandante el 8 de julio de 1999. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas. Ordenó a COLPENSIONES a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante. Declaró no probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y fijó como agencias en derecho la suma de 1 smlmv.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

**PORVENIR S.A.:** **i)** la decisión afecta los principios de confianza legítima y sostenibilidad financiera, **ii)** el usuario financiero también tiene obligaciones como la de informarse debidamente y aprovechar los canales de información, **iii)** no se acreditan las causales de ineficacia, **iv)** no se aplica el precedente al caso en concreto, si se confirma la decisión de primera instancia no procede la devolución por concepto de gastos de administración, porque se afecta el principio de buena fe porque en virtud de ellos se logró los rendimientos en la cuenta de la parte demandante, aunado a que los gastos de administración son afectados por el fenómeno de la prescripción, **v)** no procede las costas.

**Colpensiones:** **i)** la demandante cumple con los requisitos para ser pensionada, la edad supera la fecha de redención del bono pensional, **ii)** el deber de información ha tenido una evolución normativa, y se debe aplicar la norma vigente para la fecha del traslado, **iii)** la nulidad se saneó por el paso

del tiempo en que estuvo afiliado a la AFP, **iv)** la decisión afecta el principio de sostenibilidad financiera, **v)** se revoque la condena en costas.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de las entidades demandadas presentaron escrito de alegaciones.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta principios de confianza legítima, sostenibilidad financiera, buena fe, si se dan las circunstancias para determinar el saneamiento de la nulidad, si hay lugar a la devolución de gastos de administración y si operó o no el fenómeno de la prescripción, y si no hay lugar a la imposición de costas.

#### **Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 21, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 16 de diciembre de 1961.
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones, COLPENSIONES, 355,71 semanas.
- Historia laboral consolidada PORVENIR.
- Historia laboral bono pensional.
- Formulario de solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR el 8 de julio de 1999.
- Simulación pensional.
- Solicitud de traslado presentada a COLPENSIONES y PORVENIR y respuestas.
- Actualización de historia laboral a 31 de diciembre de 1994 a PORVENIR.
- Comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte.

#### **Caso Concreto**

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, por vulnerar principios constitucionales, existir saneamiento de la nulidad y no hay lugar a la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 37 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 355,77 semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a Porvenir de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento, manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por la actora en el interrogatorio de parte.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del gestor al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora bien, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.*

*En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

*Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus*

*características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar

que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro". (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y

jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido

proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de lo expuesto en el interrogatorio por la demandante cuando señaló que intentó regresar al ISS ahora cuando se vio afectada por la proyección que le hizo PORVENIR y se informó con un asesor experto y por eso presentó la demanda.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1999, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).»*

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes

referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP PORVENIR S.A. relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Con relación a la excepción de **prescripción** tanto de la acción a cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de la devolución de los gastos de administración, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible, lo cual se aplica a los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.*

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a*

las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).”

En relación con el argumento del recurso de apelación respecto de las costas, es de anotar que las mismas son impuestas a la parte vencida en juicio, aunado a que si el juez de primera instancia las encontró acreditadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta (36) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

**TERCERO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 036 2019 00636 01**

**De: LAURA REYES VARGAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** HECTOR DE JESUS GARCÍA CUARTAS

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 032 2019 00316 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA**

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a partir del 26 de septiembre de 1996, se ordene a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES a título de cotizaciones, el saldo en la cuenta de ahorro individual junto con los dividendos y rendimientos financieros, así como los costos generados por concepto de administración, se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación en las mismas condiciones que tenía antes de efectuar el traslado de régimen

pensional como si nunca se hubiera efectuado el mismo y a registrar su historia laboral el detalle de las cotizaciones transferidas.

Sustentó las pretensiones de la demanda en que nació el 12 de marzo de 1958, estuvo afiliado al ISS desde el mes de marzo de 1996 hasta el 26 de septiembre de 1996, fue contactado por asesores de AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR, se limitaron a afirmar que en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad tendría una pensión más elevada respecto de la que podría obtener en el régimen de prima media con prestación definida, no realizaron una asesoría mediante actuario profesional especializado que le pudiera hacer entender las implicaciones del traslado de régimen, el único documento que le entregaron al momento de la afiliación fue el formato de solicitud de vinculación. La falta de asesoría fue lo determinante en la decisión de efectuar el traslado del antiguo ISS, en la actualidad no puede efectuar el traslado de régimen de manera voluntaria, presentó derechos de petición para el traslado de régimen a las demandadas y a la fecha de la demanda solo COLPENSIONES le contestó de manera negativa.

**COLPENSIONES** procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, porque el traslado de régimen efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, de manera que debe probarse que existió vicio en el consentimiento para efectos de determinar si procede efectuar el retorno al régimen de Prima Media con Prestación Definida. Presentó las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e innominada o genérica.

**PORVENIR S.A.** procedió a contestar la demanda, con oposición a las declaraciones y condenas formuladas en su contra porque la decisión de la demandante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, así como se aprecia en la solicitud de vinculación en la que se observa la declaración escrita que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el parágrafo del artículo 54 A del CGP, sin perjuicio de lo anterior, con la presente demanda a parte actora pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, excepción genérica.

## **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 2 de febrero de 2022, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad efectuado por el demandante el 26 de septiembre de 1996. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Condenó en costas a la demandada PORVENIR S.A. a favor del demandante y como agencias en derecho a una suma equivalente a dos smlmv.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Presentaron recurso de apelación respecto de los siguientes puntos:

**COLPENSIONES** i) porque la decisión no tiene en cuenta el principio de relatividad jurídica al ser un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante y PORVENIR. ii) la decisión afecta la sostenibilidad financiera del régimen de prima media.

**PORVENIR S.A.** i) no se configuran las causales de nulidad ni de ineficacia del acto jurídico del traslado, porque se cumplió con los presupuestos legales de la normatividad aplicable al momento del traslado, **ii)** los gastos de administración no hacen parte de la mesada pensional y es una obligación legal realizar el descuento por lo que no procede su devolución.

## **ALEGACIONES**

Los apoderados de la parte demandante y de la demandada PORVENIR presentaron escrito de alegaciones.

## **CONSIDERACIONES**

## **PROBLEMA JURIDICO**

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, si dicha decisión afecta la relatividad jurídica, el principio constitucional de sostenibilidad financiera y si hay lugar a la devolución de gastos de administración.

**Elementos de prueba relevantes:**

- A folio 21, solicitud de vinculación a HORIZONTE.
- Certificación emitida por COLPENSIONES.
- Reporte semanas cotizadas en COLPENSIONES, 23,14 semanas.
- Certificación emitida por PORVENIR.
- Comunicación de HORIZONTE dirigida al Fondo Educativo Regional del Guainía el 4 de octubre de 1996 sobre la afiliación de trabajadores a ese fondo.
- Derechos de petición a COLPENSIONES y respuesta.
- Expediente administrativo
- Comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte.

**Caso Concreto**

Los apoderados de la parte demandada presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revoque la misma, porque no se cumplen los presupuestos para declarar la nulidad o ineficacia del traslado, porque la decisión vulnera principios constitucionales y no hay lugar a la devolución de los gastos de administración.

En el presente caso, la Sala también surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la parte demandante a la edad de 38 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando había cotizado al sistema a través de caja de previsión y en el ISS hoy COLPENSIONES, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 55 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez; sumado a que se trasladó a HORIZONTE de manera voluntaria, tal como se desprende con lo expuesto por la parte actora en el interrogatorio de parte.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado del gestor al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

Ahora bien, es de anotar, que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2°. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

*Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.*

En la Sentencia C-401/16, cuando consideró que: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera*

*individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*

*De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.*

*Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación, de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.*

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales, se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1°. de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del sistema de seguridad social en pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que la juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la parte demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que “... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u

obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

De otro lado, no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce de lo expuesto en el interrogatorio por la demandante cuando señaló que lo asesoraron que ingresando a COLPENSIONES iba a quedar con una mejor pensión y de por vida.

Respecto de esa conclusión, es de anotar que no tiene la connotación para declarar ineficaz el traslado porque en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1996, porque no era un requisito exigido por la ley.

Por lo anterior, no sería viable la ineficacia del traslado.

No obstante, no se puede desconocer que la Sala de Casación Laboral y Penal, han dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar, entre otras, en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STP 677-2021, STL 1987-2021, y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que se establecido como de obligatorio acatamiento en las sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., señalando en la sentencia CSJ SL, 9. Sep. 2008, rad. 31989, que la firma del formulario no demuestra la información otorgada al afiliado, la obligación que tienen las administradoras de fondos de pensiones y cesantías de suministrar información completa y veraz a sus afiliados e indicó:

*“Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, “la dirección, coordinación y control” de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares. Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social. La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público....”*

La sentencia CSJ SL4426-2019, expresó lo siguiente:

*“(...) [...] la información necesaria implica «la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».*

*Lo anterior, con el fin de lograr la mayor transparencia, que «impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando*

*sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019).»*

Sobre la carga de la prueba de consentimiento informado, señaló:

*“En efecto, en las recientes sentencias antes referidas, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia consideró, que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba.*

*En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo. ... (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).»*

Y respecto de que la ineficacia del traslado vulnera los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera, indicó que,

*“en sentencia CSJ SL2877-2020, se determinó que la figura aquí estudiada no menoscaba la sostenibilidad del sistema, en la medida en que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta que se generen erogaciones no previstas.”*

De tal manera que en aplicación de ese precedente jurisprudencial que se estableció de obligatorio acatamiento en las sentencias de tutela antes referidas y en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

Frente al punto de apelación de la AFP PORVENIR S.A. relacionado con la condena por devolución de los **gastos de administración**, es de anotar que se debe indicar que en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como

consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos debieron ingresar al RPMPD. (SL5595-2021 Rad. 87406, rememora la sentencia SL 2877-2020, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Con relación a la excepción de **prescripción** tanto de la acción a cual se analiza en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de la devolución de los gastos de administración, ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció señalando que debido a que en este tipo de asuntos se encuentra el derecho irrenunciable a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible, lo cual se aplica a los gastos de administración y fue así como por ejemplo en sentencia SL1688 de 2019 dicha Corporación indicó:

*Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.*

...

*Por consiguiente, **para la Corte es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo**, pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa». De allí que «la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho» (CSJ SL8544-2016).»*

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la decisión de primera instancia.

**COSTAS:** No se impondrán en esta instancia por no encontrarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 2 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas

**SEGUNDO:** Sin Costas en la presente instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Aclaración voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado  
SALVO VOTO

## ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**Radicación n° 11001 31 05 032 2019 00316 01**

**De: HECTOR DE JESUS GARCÍA CUARTAS contra  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Aunque comparto el sentido de la sentencia, en tanto se confirma la declaración de ineficacia del traslado, estimo necesario aclarar mi voto. Ello obedece a que a pesar de que se invoca el precedente de la Sala de Casación Laboral y se decide «*en aplicación*» al mismo, a lo largo de la providencia se desarrolla una tesis contraria a la doctrina del órgano de cierre; la única circunstancia que motiva lo resuelto, es que las Salas de Casación Laboral y Penal, por vía de tutela, han dejado sin efectos algunos fallos proferidos por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia.

En mi sentir, el proveído carece de congruencia, por cuanto el abordaje dado a la problemática planteada, no soporta el peso de lo resuelto. Me asiste el convencimiento de que la plena sujeción a las enseñanzas jurisprudenciales, impone desarrollar las temáticas propuestas en la apelación, y las que surjan en virtud del grado jurisdiccional de consulta, a la luz de lo ya decantado, pues para exponer lo contrario existen otros mecanismos como la aclaración de la ponencia.



**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

DEMANDANTE: EPS SANITAS S.A.

DEMANDADO: NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL HOY ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2015 00355 01

## **MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

### **SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADRES.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se condene a la demandada al pago de 59 cuentas de cobro por concepto de servicios no POS, en cuantía de \$579.557.234, junto con los gastos administrativos, los intereses moratorios previstos en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, la indexación y las costas y agencias en derecho. (f.º 70 vto. a 71 vto.)

La demandada se opuso a las pretensiones, con sustento en que las mismas carecen de fundamento constitucional y legal, sumado a que los recobros objeto de la demanda fueron objeto de proceso de auditoría a efectos de determinar si los recobros adolecen de alguna glosa que les impida ser pagados o si por el contrario es viable su pago.

Formuló como excepciones las que denominó como culpa exclusiva de la EPS recobrante, ausencia de responsabilidad de la demanda y pago. (f.º 128-138)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 22 de septiembre de 2022, condenó a la demandada a reconocer y pagar la suma de \$314.305.249 representados en 49 recobros; junto con el pago de intereses moratorios.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte actora presentó recurso de alzada con sustento en que se debe condenar a la encartada a pagar todas y cada una de las tecnologías objeto de este proceso, en especial la contenida en el recobro 49358837.

Al paso que la apoderada de la ADRES solicitó la revocatoria de la sentencia con sustento en que los recobros incumplen los requisitos de ley, razón por la cual las glosas se encuentran justificadas; adicionalmente, señaló que los recobros que se reclaman en este asunto fueron objeto de glosas combinadas, que el dictamen rendido por el perito no cuenta con suficiente fuerza probatoria, al igual que el tema de la prescripción y la condena por concepto de intereses moratorios.

### **ALEGATOS**

La Sala reconoce personería para actuar al Sr. PAOLO ANDREI AWAZACKO MARTINEZ, identificado con c de c n° 1.015.417.753 y TP 265.396 como apoderado de la parte demandante en los términos en que le fue conferida la sustitución.

El apoderado de la parte actora presentó alegaciones finales.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si es procedente el reconocimiento y pago de los recobros solicitados en la demanda, punto que también se revisa surtiendo el grado jurisdiccional de consulta.

Dilucidar si procede la condena por concepto de intereses moratorios y si se debe aplicarse el término de caducidad de 2 años previsto en el artículo 122 del decreto 019 del 2012, reglamentado por el decreto 1865 del 2012, para resolver la controversia planteada.

### **Elementos probatorios relevantes**

- cd contentivo de la base de datos de los recobros, junto con sus soportes documentales.
- cd contentivo del apoyo técnico
- Dictamen pericial.
- Declaración de perito.

### **Marco normativo y jurisprudencial:**

- Artículo 44 de la Constitución política.
- Artículo 1 de la ley 100 de 1993.
- Literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993
- Artículo 162 de la ley 100 de 1993:
- Acuerdo 008 de 2009: Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.
- Resolución N.º 03099 de 2008, *por medio de la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela: Artículo 12. Término para presentar las solicitudes de recobro. Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro. Artículo 15. Causales de rechazo de las solicitudes de recobro. Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes.*
- Resolución 005334 de 2008 “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela”
- Decreto 1281 DE 2002: *ARTÍCULO 7o. Trámite De Las Cuentas Presentadas Por Los Prestadores De Servicios De Salud.*
- Decreto 1281 DE 2002 Artículo 13. *Términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del FOSYGA.*
- C-510 de 2004
- Acuerdo 028 de 2011.
- Ley 19955 de 2019

- Decreto 521 de 2020.

**Argumento:**

En el proceso que se estudia se encuentra que:

- La EPS SANITAS S.A. EPS prestó servicios de salud requeridos por sus afiliados, según su versión de acuerdo con lo dispuesto por el Comité Técnico Científico y en virtud de las órdenes impartidas en diversos fallos de tutela.
- En el cd denominado “proyecto técnico” la encartada realizó glosas únicas y combinadas en las que planteó los siguientes reparos a las facturas:

1-03	los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA
2-02	La factura no cumple con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario.

Bajo ese panorama y para dirimir la controversia planteada, comienza la Sala por recordar que la Ley 100 de 1993, en su artículo 162, estableció que *“El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”*.

Conforme a lo anterior, el POS constituye una serie de parámetros o premisas que deben cumplir las EPS de forma obligatoria para la atención del servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en la Resolución 5261 de 1994, Resolución 3099 de 2008, Acuerdo 008 de 2009, Acuerdo 029 de 2011, teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso, esto es, entre los años 2010 a 2012.

Además de ello, se dará aplicación al principio y enfoque de *integralidad* de los Planes Obligatorios de Salud contemplado en el Capítulo III artículo 9° del Acuerdo 008 de 2009 que indica:

*“Principio mediante el cual los medicamentos esenciales, suministros y tecnología en salud, en los diferentes niveles de complejidad y en los diferentes ámbitos de atención necesarios para ejecutar una actividad, procedimiento o intervención de promoción de la salud, prevención,*

*diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de la enfermedad, descritos o incluidos en el presente acuerdo, hacen parte y en consecuencia constituyen la integralidad del POS o del POS-S según el caso.”*

Conviene traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-062 de 2017, cuando enseñó que *“(…) el tratamiento integral en materia de salud, comporta una gran importancia en cuanto a la garantía efectiva de este derecho fundamental, en la medida en que no se reduce a la prestación de medicamentos o de procedimientos de manera aislada, sino que abarca todas aquellas prestaciones que se consideran necesarias para conjurar las afecciones que puede sufrir una persona, ya sean de carácter físico, funcional, psicológico, emocional e inclusive social, derivando en la imposibilidad de imponer obstáculos de ninguna clase para obtener un adecuado acceso al servicio, reforzándose aún más cuando se trata de sujetos que merecen un especial amparo constitucional.”(…)*

Desde luego que la aplicación del principio de integralidad debe estar precedido de un diagnóstico médico que permita determinar o los servicios médicos o el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud.

De otro lado, tenemos que en el literal f). del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 se establece que la financiación de las EPS para atender a sus afiliados según los parámetros del POS se da a través de la unidad de pago por capitación o UPC, o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el POS deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de la resolución 3099 de 2008 y resolución 3754 de 2008.

En esa dirección, se tiene que el A-Quo condenó a la demandada a reconocer y pagar la suma de \$314.305.249 representados en 49 recobros; junto con el pago de intereses moratorios y las costas del proceso.

Inconformes con esa decisión, los apoderados de las partes demandante y demandada solicitaron la revocatoria parcial y total de la sentencia, respectivamente.

En ese orden de ideas, lo primero que se analizará es la **excepción de prescripción**, que además es uno de los puntos objeto de apelación de la apoderada de la ADRES, quien solicita que se de aplicación al artículo 122 del decreto 019 del 2012.

Sobre el particular, desde ya se impone señalar que el recurso de apelación en este punto será despachado desfavorablemente, en la medida que como la controversia que concita la atención de la Sala es resuelta por los jueces laborales, la normatividad aplicable al presente caso no puede ser otra que los artículos 488 y 489 del C.S. del T, en concordancia con el artículo 151 de CPT y SS.

Al punto, vale la pena señalar que el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicación 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

**«2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.**

*En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:*

*Art. 772<sup>1</sup>. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.*

*No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.*

*Art. 779<sup>2</sup>. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.*

**Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.**

*Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.*

*En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:*

---

<sup>1</sup> Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

<sup>2</sup> Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5°. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

*El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.*

*El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.*

*No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.*

*De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.*

*Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.*

*Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.*

*La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.*

*Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.*

*En consecuencia, considera la Sala que, habiéndose emitido las facturas en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria”.*

Bajo ese panorama, tenemos que ninguno de los recobros sobre los cuales se pretende su reconocimiento se encuentra afectado por este fenómeno, tal y como lo coligió el A-Quo por manera que se debe confirmar esa decisión.

Lo anterior, en razón a que en el expediente se observa que la radicación de las MYT 01 y 02 se efectuó dentro de los tres años siguientes a la fecha de prestación del servicio, y la ratificación de las glosas luego de haberse presentado objeción a través de formato MYT 04 se resolvió dentro de los tres años siguientes a la fecha de prestación del servicio, además que *la demanda fue interpuesta dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia o de la radicación del MYT o la ratificación de la glosa*, y es por ello que la Sala analizará la totalidad de los recobros con miras a determinar si procede o no su pago.

Para ello, se tiene que al expediente se incorporó un disco compacto rotulado con el nombre de “*apoyo técnico*”, en el que se plasmó el detalle de las glosas presentadas a las facturas objeto de recobro, del que se extraen las causales de glosas que se mencionaron al inicio de las consideraciones.

En este punto, cabe precisar que si bien es cierto, el perito en su experticia solo tuvo en cuenta la resolución 5261 de 1994, para determinar si los medicamentos e insumos eran o no Pos, sin hacer consideración a los diferentes acuerdos y notas externas con las cuales se actualiza el Plan de Beneficios, no menos cierto es que desde su conocimiento suministró información y explicación frente algunos de esos suministros o tecnologías, por manera que desde esa perspectiva la Sala valorará no solo la experticia sino su declaración, con el objetivo de resolver los recurso de apelación, debiéndose recordar que en este proceso también se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADRES.

En esa dirección, la Sala acomete el estudio de las pretensiones de la siguiente manera:

### **GLOSAS UNICAS**

**1) 24990111 - Nefrolitotomía o extracción de cálculo o cuerpo extraño por nefrotomía**

Revisado el anexo 2 del acuerdo 029 de 2011, se constata que dicho servicio no está incluido en el mismo. Si bien con el código 550103 se registra el procedimiento “NEFROLITOTOMIA O EXTRACCIÓN DE CALCULO O CUERPO EXTRAÑO POR NEFROTOMIA”, es de anotar que este es diferente al que se recobra dado que en este asunto se habla de “NEFROLITOTOMIA O EXTRACCIÓN DE CALCULO O CUERPO EXTRAÑO POR **LAPAROSCOPIA**”, mismo que solamente hasta la resolución 1132 del 11 de abril de 2017 con código CUPS 550122, fue incluido en el plan de beneficios.

Conclusión: Procede el recobro.

**2) 25338258 - Dermolipectomía Abdominal**

La resolución 5261 de 1994 en su artículo 70 consagra la dermolipectomía con código 15180, como una operación reconstructiva incluida en el POS.

En la tutela T- 392 de 2009 se indicó: “ Sea lo primero señalar que, a la luz del artículo 70[56] de la Resolución 5261 de 1994, “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud –POS-”, la cirugía denominada DERMOLIPECTOMÍA está incluida en el Plan Obligatorio de Salud –POS-.

*Así las cosas, “la dermolipectomía es definida como la intervención por la cual se elimina el exceso de piel y grasa de un área determinada; cuando se realiza en la zona del abdomen, se denomina dermolipectomía abdominal o abdominoplastia, procedimiento quirúrgico que cuya finalidad es “extirpar el exceso de piel y grasa de la parte media y baja del abdomen y reforzar la musculatura de la pared abdominal”. Si la cirugía se lleva a cabo en la parte interior de los muslos mediante una incisión en la ingle se habla de dermolipectomía crural o lifting crural bilateral, procedimiento que consiste en el estiramiento y resección de la piel excedente cuando se produce el descolgamiento cutáneo en los muslos; con esta intervención se busca eliminar porciones de piel y grasa y estirar y alisar la cara interna de los muslos.”[57]*

(...)

*De tal manera, se puede concluir que los procedimientos de “ABDOMINOPLASTÍA”, “LIFTIN DE MUSLOS + LIPOESCULTURA DE MUSLOS” y “BRAQUITOPLASTIA BILATERAL y MAMOPLASTIA DE AUMENTO” se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud conforme el artículo 70 de la Resolución 5261 de 1994 y el artículo 1º del Acuerdo 289 de 2005, siempre y cuando tengan como única finalidad reparar funcionalmente las*

*alteraciones anatómicas y psicológicas que causa el mal funcionamiento de un órgano del cuerpo. (...)*

Adicionalmente, cabe agregar que al revisar el fallo de tutela que ordenó dicho procedimiento, se logra constatar que la médica tratante de la señora González calificó el mismo como funcional, por manera que la glosa impuesta resulta justificada.

Conclusión: No procede el recobro.

### **3) 49881208 - MAGNEVIST SOLUCION INYECTABLE**

Si bien es cierto que el procedimiento **RESONANCIA NUCLEAR MAGNETICA DE COLUMNA CERVICAL SIMPLE O CON CONTRASTE** está incluido en el anexo 2 del acuerdo 008 de 2009, con códigos cups 883210, la simple y 883211 la de contraste, no lo es menos que el medicamento MAGNEVIST SOLUCION INYECTABLE, que es el que recobra la EPS conforme imagen adjunta, ni su principio activo se encuentran contenidos en el anexo 1 ibidem, por lo que se concluye que es NO POS.

Conclusión: Procede el recobro.

### **4) 51868048 - CORRECCIÓN DE CIFOSIS Y ESCOLIOSIS CON INSTRUMENTACIÓN POR VÍA POSTERIOR**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS.

Conclusión: Procede el recobro.

### **5) 52078220 - IMPLANTE DE ANILLOS INTRAESTROMALES CON INTRALASE OD INCLUYE**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS.

Conclusión: Procede el recobro.

### **6. 52946595 - NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (111-2012069812)**

Cabe anotar que en el recobro que se analiza la convocada hace referencia a la factura n.º 111-2012069812, sin embargo, ese título valor no es el que sustenta la pretensión de marras, dado que este se identifica con el n.º 13192767.

En esa dirección, analizado este recobro, con base en la factura 13192767, la Sala concluye que el mismo cumple los requisitos para su pago, si se tiene en cuenta que conforme al literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario, la factura identifica tanto la razón social, como el Nit del adquirente de los bienes, así mismo, si bien, no se discrimina el IVA, es de anotar que al tenor de lo ordenado en el numeral 1 del artículo 476 de la ley decreto 624 de 1989, los servicios médicos, odontológicos, hospitalarios, clínicos y de laboratorio, están excluidos del impuesto sobre las ventas – IVA-

Conclusión: Procede el recobro.

**7) 50278218 - El medicamento, servicio, elemento o insumo (IMPLANTE ANILLOS (2) INTRESTROMALES OJO IZQUIERDO) esta incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC.**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS.

Conclusión: Procede el recobro.

#### **GLOSAS COMBINADAS**

**1) 24766611: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (CLÍNICA ATENCIONAL) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// EN LA FACTURA DE VENTA DEL PROVEEDOR DEL SERVICIO NO SE DISCRIMINA (HIU-0000626475), REQUISITO EXIGIDO EN EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO 617 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO.**

El perito en su dictamen señaló que este tipo de terapias, al ser un servicio experimental, sin evidencia científica, según lo anotado en el artículo 18, numeral d, de la Resolución 5261 de 1994, está excluido del POS, sumado a que revisado el Acuerdo 008 de 2009, se constata que esta clase de terapias no está contenida en dicha normatividad.

Adicionalmente, la factura HIU-0000626475 identifica tanto razón social como el Nit del adquirente de los bienes, así mismo, si bien, no se discrimina el IVA, es de anotar que al tenor de lo ordenado en el numeral 1 del artículo 476 de la ley decreto 624 de 1989, los servicios médicos, odontológicos, hospitalarios, clínicos y de laboratorio, están excluidos del impuesto sobre las ventas – IVA-

Conclusión: Procede el recobro.

**2) 25165746 EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (ENFERMERA 12 HORAS) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// EN LA FACTURA DE VENTA DEL**

**PROVEEDOR DEL SERVICIO NO SE DISCRIMINA (NIT DEL PROVEEDOR), REQUISITO EXIGIDO EN EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO 617 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO.**

Frente a este recobro tenemos que al verificar el acuerdo 029 de 2011, norma aplicable dado que la prestación del servicio ocurrió en el año 2012, se aprecia que en el mismo se registra “*atención visita domiciliaria, por enfermería*” con código CUPS 890105, por lo que en principio habría lugar a negar el pago del recobro solicitado, sin embargo, teniendo en cuenta que en este caso se recobra el servicio de “*enfermería 12 horas*”, en concordancia con la declaración del perito quien informó que cuando se habla de enfermero se hace referencia a un profesional universitario graduado en enfermería y que dentro del paquete atención domiciliaria no está incluido que en el domicilio de un paciente el profesional de la salud permanezca 12 horas, dado que lo que contempla el Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) es que dicha persona supervisa o aplica ciertos medicamentos a determinadas horas y días, hace un oficio específico, según la prescripción del médico tratante, es por lo que se encuentra viable el pago de la suma recobrada.

En lo relacionado con la glosa 2-02, al revisar la factura que soporta el recobro, se colige la misma cumple con los presupuestos previstos en el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario en tanto se discrimina el número de cédula de la persona que suministró el servicio de enfermería. Conclusión: Procede el recobro.

**3) 25282553: EL FALLO DE TUTELA NO OTORGA RECOBRO AL FOSYGA// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (CE00144109)**

Frente a este recobro, conviene señalar que no se discute que el procedimiento adelantado es NO pos.

Comienza la Sala por resolver la glosa 2-02, encontrando que en este recobro se realizó el procedimiento cirugía bariátrica por videolaparoscopia, y que tal y como lo sostiene la encartada, no se adjuntó el detallado de la factura **CE00144109** dado que en dicho título valor, solamente se hizo referencia a “cirugía bariátrica por laparoscopia” “valor 5.000.000.oo” sin que se especifique el total, cantidad y código de los insumos utilizados en dicha cirugía, menos aún el valor unitario y valor total de cada uno de ellos, desconociéndose de esta manera el literal c) del artículo 10 de la resolución 3099 de 2008, al no anexarse el detalle de cargos, con miras a verificar si el valor recobrado se encuentra ajustado.

Dadas las anteriores consideraciones la Sala se releva de estudiar el otro motivo de glosa, por sustracción de materia.

Conclusión: No procede el recobro.

**4) 25287430: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (DERMOLIPECTOMIA EN TORAX Y MAMOPLASTIA DE REDUCCION CON RECONSTRUCCION Y PROTESIS POP BY PASS GASTRICO) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (22 120361)**

Como en este recobro se solicitó el pago **DERMOLIPECTOMIA EN TORAX Y MAMOPLASTIA DE REDUCCION CON RECONSTRUCCION Y PROTESIS POP BY PASS GASTRICO**, el cual fue autorizado por fallo de tutela dictado por el Juzgado 12 Penal Municipal de Cali -Valle, el 16 de diciembre de 2011, confirmado por el Juzgado 23 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, resulta infundada la glosa.

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que revisadas las imágenes que sustentan el recobro, se determina que el detallado si reposa.

Conclusión: Procede el recobro.

**5) 25338227; EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (FOTOTERAPIA UVB NB) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (7374)**

Verificado el Acuerdo 029 de 2011 se constata que dicho servicio no se encuentra incluido en el POS, recuérdese que se recobra la fototerapia por banda estrecha “UVB-NV”

*El perito en su dictamen explicó: La UVB NB "Banda Estrecha" se ha convertido en el tratamiento de fototerapia de elección para psoriasis, vitiligo, dermatitis atópica (eczema) y otros desórdenes fotosensibles de la piel. Las lámparas de UVB "Banda Ancha" convencional emiten luz en un rango ancho dentro del espectro UVB, incluyendo tanto las longitudes de ondas terapéuticas específicas para el tratamiento de enfermedades de la piel, como otras longitudes de ondas más cortas responsables de quemaduras solares (eritema). Las quemaduras solares tienen un efecto terapéutico negativo, incrementando el riesgo de cáncer de piel, causa incomodidad al paciente, y limita la cantidad de UVB terapéutica que se puede tomar.*

*Las lámparas UVB "Banda Estrecha", por otro lado, emiten luz en un rango de longitudes de ondas muy corto concentrados en el rango terapéutico, y mínimamente en el rango de quemaduras solares. La UVB Banda Estrecha*

*es por lo tanto teóricamente más segura y más efectiva que la UVB Banda Ancha, pero requiere ya sea tiempos más largos de tratamientos o bien equipos con más lámparas para lograr el mismo umbral de dosificación. Siendo el objetivo minimizar las dosificaciones totales acumulativas de luz ultravioleta eritemogénico en la vida del paciente, resulta que las personas más jóvenes deberán considerar utilizar UVB Banda Estrecha.”*

En esa dirección la glosa es infundada.

De otro lado, constata la Sala que la factura que sustenta el recobro adjunta el detallado de los servicios prestados, nótese que si bien en la descripción se señala “171 sesiones fototerapia UVB-NB”, no menos cierto es, que en las imágenes que acompañan al mismo se describe pormenorizadamente las personas a quienes se les suministraron la sesiones, los números de cédula y las cantidades y valores correspondientes, dando cumplimiento de esta forma al literal c) del artículo 10 de la resolución 3099 de 2008<sup>3</sup>.

*“Cuando en la factura no esté detallada la atención, se debe anexar el detalle de cargos. Cuando la factura incluya el tratamiento de más de un afiliado, deberá señalar en forma desagregada la relación que enuncie: el medicamento, servicio médico o prestación de salud, la cantidad y el valor facturado para cada afiliado certificado por el proveedor”*

Conclusión: Procede el recobro.

**6) 25366830; El medicamento, servicio, elemento o insumo (INJERTO DE PIEL TOTAL EN BRAZO DER MAS ESCARECTOMIA COLGAJO LOCAL LAVADO Y CAMBIO DE SISTEMA VAC SEGUNDARIO A BRAQUIPLASTIA POR BYPASS GASTRICO) está incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC.// No adjuntan detallado de la factura Nro (23 102543)**

En este radicado se solicitó el pago de **INJERTO DE PIEL TOTAL EN BRAZO DER MAS ESCARECTOMIA COLGAJO LOCAL LAVADO Y CAMBIO DE SISTEMA VAC SEGUNDARIO A BRAQUIPLASTIA POR**

---

<sup>3</sup> *Copia simple de la factura de venta o documento equivalente, expedida por el proveedor, la cual debe ceñirse a lo establecido en el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario, con constancia de cancelación. La factura o documento equivalente, debe identificar: (i) La entidad responsable del pago (entidad administradora de planes de beneficios). (ii) La identificación del afiliado al cual se suministró el medicamento, servicio médico o prestación de salud. (iii) Código, descripción, valor unitario y total (iv) Cantidad del medicamento, servicio médico o prestación de salud (vi) Valor unitario (vii) Valor Total*

*Cuando en la factura no esté detallada la atención, se debe anexar el detalle de cargos. Cuando la factura incluya el tratamiento de más de un afiliado, deberá señalar en forma desagregada la relación que enuncie: el medicamento, servicio médico o prestación de salud, la cantidad y el valor facturado para cada afiliado certificado por el proveedor;*

**BYPASS GASTRICO** el cual fue autorizado por fallo de tutela dictado por el Juzgado Civil Municipal de Palmira Valle, el 11 de agosto de 2011, por lo que inicialmente procede el recobro.

En lo que tiene que ver con la glosa 2-02, se observa que tal y como lo sostiene la encartada, no se adjuntó el detallado de la factura **23 102543** dado que en dicho título valor, solamente se hizo referencia a “injerto de piel total en brazo der+escaretomia brazo der+colgajo local en brazo der y lavado y cambio sistema vac”, “valor 2.079.030.00” sin que se especifique el total, cantidad y código de los insumos utilizados en dicha cirugía, menos aún el valor unitario y valor total de cada uno de ellos, desconociéndose de esta manera el literal c) del artículo 10 de la resolución 3099 de 2008, al no anexarse el detalle de cargos, con miras a verificar si el valor recobrado se encuentra ajustado.

Conclusión: No procede el recobro.

**7) 48913789: EN LA FACTURA DE VENTA DEL PROVEEDOR DEL SERVICIO NO SE DISCRIMINA (NIT, PROVEEDOR, CANT, NO. FACTURA A MANO), REQUISITO EXIGIDO EN EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO 617 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO. // EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (TRATAMIENTO DE ALERGIAS VACUNAS) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC**

Revisado el documento equivalente a la factura de venta, se aprecia que en efecto no se indicó el nombre o razón social de adquirente por manera que la glosa debe salir avante.

En gracia de discusión, la Sala precisa que el tratamiento de alergias vacunas, no está incluido dentro del plan de beneficios de salud vigente para la fecha de prestación del servicio.

Sobre el particular el perito explicó: *“TRATAMIENTO DE ALERGIAS VACUNAS es un manejo integral de consultas y aplicación de antígenos y preparados inductores de alergias, con el fin de ir suministrando dosis crecientes a fin de desensibilizar el sistema inmune lo cual no se encuentra incluido en el Acuerdo 228 de mayo 3 de 2002, normatividad vigente en la fecha de prestación. Por lo tanto, es NOPOS.”*

Conclusión: No procede el recobro.

**8) 49358837: El medicamento, servicio, elemento o insumo (TRASPLANTE DE CELULAS MADRE CORDON UMBILICAL) está**

**incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC. // No anexan detallado de la factura No. (MAR 501752 ).**

El Comité Técnico Científico indicó en el Acta 111-2010071795 “ *PACIENTE DE 23 AÑOS CON DIAGNOSTICO DE LEUCEMIA LINFOBLASTICA AGUDA EN QUIMIOTERAPIA DE INDUCCIÓN SE REQUIERE PARA SU RECUPERACIÓN DE CITOPENIAS EN MANEJO AMBULATORIO REQUIERE DE TRATAMIENTO PARA LA PATOLOGÍA MENCIONADA PARA FRENAR PROGRESIÓN DE LA ENFERMEDAD, OPTIMIZACIÓN Y MEJORAR SU CALIDAD DE VIDA*” (SIC)

“ *SE SOLICITA TRASPLANTE DE MEDULA OSEA ALOGENICO DE SANGRE DE CORDON POR QUE ES EL TRATAMIENTO CON MAYOR TASA DE EFECTIBILIDAD TERAPÉUTICA DEMOSTRADA PARA CONTROL DE LA SINTOMATOLOGÍA PRODUCIDA POR LA PATOLOGÍA DE BASE, CON EL FIN DE PRECISAR EL DIAGNOSTICO Y DEFINIR INICIA Y MEJOR OPCION TERAPÉUTICA.*”

El anexo 02 del acuerdo 008 de 2009 contiene los siguientes procedimientos:

410100 TRASPLANTE AUTOLOGO DE MEDULA OSEA SOD

410200 TRASPLANTE ALOGENICO DE MEDULA OSEA CON PURIFICACION SOD

410300 TRASPLANTE ALOGENICO DE MEDULA OSEA SIN PURIFICACION SOD

410400 TRASPLANTE AUTOLOGO DE CELULAS MADRES HEMATOPOYETICAS SOD

Analizado el caso, en primer lugar, se debe precisar que de manera genérica se hace referencia a “trasplante de médula ósea” cuando esta es una clase de trasplante, como se verá, en consecuencia, el término correcto para referirnos a esta clase de tratamiento es “trasplante de progenitores hematopoyéticos”, igualmente, importa anotar que las células madres, también son llamadas, “células progenitoras hematopoyéticas”

Así las cosas, existen varias clases de trasplantes a saber:

Autólogos: las células madre hematopoyéticas proceden de uno mismo.

Singénicos: Los pacientes reciben células madre de sus gemelos idénticos.

Alogénicos: Las células madres se reciben de un donante sano, puede ser un familiar o un donante no emparentado de un banco público o privado.

Y el origen de las células madres puede provenir de:

- Médula ósea: las células madres o progenitores hematopoyéticos se extraen directamente de la médula ósea
- De células progenitoras de sangre periférica: son las células que provienen del torrente sanguíneo.

- Sangre de cordón umbilical: se recogen al momento del nacimiento de un bebé, pero también existen bancos de sangre de cordón umbilical públicos.

En esa dirección, colige la Sala que el procedimiento ordenado por el Comité Técnico Científico está contenido en el anexo 2 del Acuerdo 008 de 2009, en razón a que el servicio prestado por la EPS se contrajo a un trasplante de medula ósea alogénico.

Siendo del caso precisar que conforme al numeral 3, literal d, del anexo técnico de la resolución 4251 de 2012 la sigla SOD significa: “*Nomenclatura SOD. En los casos en que se registre nomenclatura SOD que significa Sin Otra Desagregación, debe entenderse que cualquier prestación descrita con dicho término abarca toda variación desde el punto de vista técnico, por lo tanto, no modifica la cobertura del POS*”, lo que permite nuevamente colegir que dicho procedimiento, en efecto, se encontraba cubierto por el POS hoy PBS.

Con todo, observa la Sala que la glosa 2-02 también tiene justificación si se tiene en cuenta que ni en la factura **MAR 501752**, ni en sus soportes se adjuntó el detallado de los insumos utilizados en el procedimiento, tampoco se discriminó el valor o precio unitario de los mismos, por manera que no se cumple con la exigencia contenida en el literal c) del artículo 10 de la resolución 3099 de 2008, esto es, no se anexó el detalle de cargos, con miras a verificar si el valor recobrado se encuentra ajustado.

Conclusión: No se accede a su pago

**9) 49359251: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (MICRODISCECTOMIA PERCUTANEA ENDOSCOPICA POR RADIOFRECUENCIA) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (113-209800)**

Verificado el Acuerdo 029 de 2011 se constata que dicho servicio no se encuentra incluido en el POS, de otro lado se verifica que la glosa 2-02 es infundada en la medida que el detallado de la factura se encuentra aportado al informativo.

Conclusión: Se accede a su pago

**10) 49880498: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO PROGRAMA DE REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // EN LA FACTURA DE VENTA DEL PROVEEDOR DEL SERVICIO NO SE DISCRIMINA (VALOR EN**

**LETRAS), REQUISITO EXIGIDO EN EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO 617 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO.**

Sobre el particular cabe señalar que de acuerdo con lo estatuido en el artículo 24 del Acuerdo 029 de 2011, el Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días que podrán sumarse en una o más hospitalizaciones por año calendario, en caso de que el trastorno o la enfermedad mental ponga en peligro la vida o integridad del paciente o la de sus familiares y la comunidad, o por prescripción específica del médico tratante.

En ese orden de ideas, estima la Sala que hay lugar a declarar fundada la glosa referente a que el servicio prestado se encuentra cubierto por el plan de beneficios, por cuanto los soportes adjuntos dan cuenta que el programa de rehabilitación del que fue objeto el señor García Páez solamente lo fue por el mes de octubre de 2011, de manera que no supera el tope cubierto por el POS.

Por sustracción de materia la Sala se abstiene de estudiar la glosa 2-02.

Conclusión: No procede el recobro.

- 11) **49880499: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO PROGRAMA DE REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // EN LA FACTURA DE VENTA DEL PROVEEDOR DEL SERVICIO NO SE DISCRIMINA (VALOR EN LETRAS), REQUISITO EXIGIDO EN EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO 617 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO.**

Sobre el particular cabe señalar que de acuerdo con lo estatuido en el artículo 24 del Acuerdo 029 de 2011, el Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días que podrán sumarse en una o más hospitalizaciones por año calendario, en caso de que el trastorno o la enfermedad mental ponga en peligro la vida o integridad del paciente o la de sus familiares y la comunidad, o por prescripción específica del médico tratante.

En ese orden de ideas, estima la sala que hay lugar a declarar fundada la glosa referente a que el servicio prestado se encuentra cubierto por el plan de beneficios, por cuanto los soportes adjuntos dan cuenta que el programa de rehabilitación del que fue objeto la paciente solamente lo fue por el mes de octubre de 2011, de manera que no supera el tope cubierto por el POS.

Por sustracción de materia la Sala se abstiene de estudiar la glosa 2-02.

Conclusión: No procede el recobro.

- 12) **49880500: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO PROGRAMA DE REHABILITACIÓN FARMACODEPENDENCIA ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // EN LA FACTURA DE VENTA DEL PROVEEDOR DEL SERVICIO NO SE DISCRIMINA (VALOR EN LETRAS), REQUISITO EXIGIDO EN EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO 617 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO.**

Sobre el particular cabe señalar que de acuerdo con lo estatuido en el artículo 24 del Acuerdo 029 de 2011, el Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**), cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días que podrán sumarse en una o más hospitalizaciones por año calendario, en caso de que el trastorno o la enfermedad mental ponga en peligro la vida o integridad del paciente o la de sus familiares y la comunidad, o por prescripción específica del médico tratante.

En ese orden de ideas, estima la sala que hay lugar a declarar fundada la glosa referente a que el servicio prestado se encuentra cubierto por el plan de beneficios, por cuanto los soportes adjuntos dan cuenta que el programa de rehabilitación del que fue objeto el señor Gaitán Mayorga solamente lo fue por el mes de octubre de 2011, de manera que no supera el tope cubierto por el POS.

Por sustracción de materia la Sala se abstiene de estudiar la glosa 2-02.

Conclusión: No procede el recobro.

- 13) **50377069: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HORARIOS MEDICOS POR CONCEPTO DE MAMAOPLASTIA DE REDUCCION) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (3895)**

De los soportes que sustentan el recobro, se observa que el procedimiento realizado corresponde a una mamoplastia de reducción Sod con código 853100.

Revisada la resolución 5261 de 1994, se advierte que dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud

(PBS) está contemplado la Cirugía reparadora de seno; igualmente el Acuerdo 289 de 2005, acordó: *Artículo 1º. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo.*

-Cirugías Reparadoras de Seno.

- Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.

- Tratamiento para gran quemado.

La justificación del procedimiento plasmada en el Acta del Comité Técnico Científico señala que se solicita mamoplastia de reducción bilateral para seguir con tratamiento con mayor tasa de efectividad terapéutica demostrada para control de la sintomatología producida por la patología de base, lo que permite colegir que se trata de un procedimiento funcional, debiéndose concluir que este procedimiento, al igual que los honorarios reclamados que por ser inherentes al procedimiento, se encuentran incluidos en el Pos, en consecuencia, la glosa debe salir adelante.

Sobre este tema puede consultarse la sentencia T-530 de 2013 y T 299-2015 en la que la Corte Constitucional enseñó *“4.4.5. En conclusión, si bien las cirugías plásticas o estéticas se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud, cuando solamente buscan mejorar un aspecto físico con el cual las personas no están conformes, no ocurre lo mismo en aquellos casos en que tienen fines funcionales o de mantenimiento de la capacidad vital, caso en el cual se entienden incluidas en el POS y tendrán que ser prestadas por las EPS. Para negar dichos tratamientos, se deberá demostrar –con fundamento en conceptos médicos– que los procedimientos solicitados tienen fines de embellecimiento y no responden a criterios funcionales reconstructivos. Esta obligación se deriva del principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme al cual, es de su esencia, amparar todas las contingencias que afectan la salud de una persona y en general las condiciones de vida de la población<sup>[49]</sup>.”*

En gracia de discusión, se dirá en cuanto a la glosa 2-02, que en la factura 3895, únicamente se encuentra incluido el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma. Con todo, revisados los anexos de este recobro se aprecia que el detallado si reposa.

Conclusión: No procede el recobro.

- 14) **50377126: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS DE MEDICO) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // EN LA FACTURA DE VENTA**

**DEL PROVEEDOR DEL SERVICIO NO SE DISCRIMINA (HONORARIOS MÉDICOS), REQUISITO EXIGIDO EN EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO 617 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO.**

En los soportes que sustentan el recobro, se observa que el procedimiento realizado corresponde a una mamoplastia de reducción Sod con código 853100.

Revisada la resolución 5261 de 1994, se advierte que dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) está contemplado la Cirugía reparadora de seno; igualmente en el Acuerdo 289 de 2005, estableció: *Artículo 1º. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo.*

- *Cirugías Reparadoras de Seno.*
- *- Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.*
- *- Tratamiento para gran quemado.*

La justificación del procedimiento plasmada en el Acta del Comité Técnico Científico señala: *“Paciente de 43 años con diagnóstico de hipertrofia de la mama, cuadro lumbar y torácico asociado secundario, se recomienda mamoplastia de reducción como manejo del dolor, lo que permite colegir que se trata de un procedimiento funcional”,* debiéndose concluir que este procedimiento, al igual que honorarios reclamados que por ser inherentes al procedimiento, dado el principio de integralidad<sup>4</sup>, se encuentran incluidos en el POS, en consecuencia, la glosa debe salir avante.

Sobre este tema puede consultarse la sentencia T-530 de 2013 y T 299-2015 proferidas por la Corte Constitucional

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que la factura de venta no discrimina los honorarios médicos que se pretenden recobrar, de manera que la glosa resulta fundada.

Conclusión: No procede el recobro.

---

<sup>4</sup> T- 081 de 2019 “En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente[39], “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”[40]. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias[41]

**15) 50478236: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (MICRODISCECTOMIA PERCUTANEA POR RADIOFRECUENCIA L4-L5 YL5-S1 INCLUYE HONORARIOS MEDICOS) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (113 222947)**

Verificado el Acuerdo 029 de 2011 se constata que dicho servicio no se encuentra incluido en el POS.

De otro lado se verifica que la glosa 2-02 es infundada en la medida que el detallado de la factura se encuentra aportado al informativo.

Conclusión: Procede el recobro.

**16) 50846039 EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS MEDICOS POR CONCEPTO DE MAMOPLASTIA DE REDUCCION) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. //NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (00-0241)**

De los soportes que sustentan el recobro, se observa que el procedimiento realizado corresponde a una mamoplastia de reducción Sod con código 853100.

Revisada la resolución 5261 de 1994, se advierte que dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) está contemplado la Cirugía reparadora de seno; igualmente el Acuerdo 289 de 2005, se estableció: *Artículo 1º. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo.*

- *Cirugías Reparadoras de Seno.*
- *Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.*
- *Tratamiento para gran quemado.*

La justificación del procedimiento plasmada en el Acta del Comité Técnico Científico señala que se solicita *“mamoplastia de reducción bilateral porque es el tratamiento con mayor tasa de efectividad terapéutica demostrada para el control de la sintomatología producida por la patología de base”*, lo que permite colegir que se trata de un procedimiento funcional, debiéndose concluir que este procedimiento, al igual que honorarios reclamados que por

ser inherentes al procedimiento, se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios, en consecuencia, la glosa debe salir avante.

Sobre este tema puede consultarse las sentencias T-530 de 2013 y T 299-2015.

Por sustracción de materia la Sala se abstiene de estudiar la glosa 2-02.

Conclusión: No procede el recobro.

**17) 50846040: EL(OS) ELEMENTO(S) RECOBRADO(S) (HONORARIOS MEDICOS POR CONCEPTO DE MAMOPLASTIA DE REDUCCION) ESTA INCLUIDO EN EL POS. SON INHERENTES AL PROCEDIMIENTO.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (00-0241)**

De los soportes que sustentan el recobro, se observa que el procedimiento realizado corresponde a una mamoplastia de reducción Sod con código 853100.

Revisada la resolución 5261 de 1994, se advierte que dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) está contemplado la Cirugía reparadora de seno; igualmente el Acuerdo 289 de 2005, previó: *Artículo 1º. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo.*

*Cirugías Reparadoras de Seno.*

- *Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.*
- *Tratamiento para gran quemado.*

La justificación del procedimiento plasmada en el Acta del Comité Técnico Científico señala que se solicita “*mamoplastia de reducción para llevar a cabo el objetivo del tratamiento, que es mantener el adecuado control de la sintomatología producida*”, lo que permite colegir que se trata de un procedimiento funcional, debiéndose concluir que este procedimiento, al igual que honorarios reclamados que por ser inherentes al procedimiento, se encuentran incluidos en el POS, en consecuencia, la glosa debe prosperar.

Sobre este tema puede consultarse la sentencia T-530 de 2013 y T 299-2015 proferidas por la Corte Constitucional.

Por sustracción de materia la Sala se abstiene de estudiar la glosa 2-02.

Conclusión: No procede el recobro.

**18) 50846104: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS MEDICOS POR CONCEPTO DE PROCTOSIGMOIDECTOMIA CON COLO COLOSCOPIA POR LAPAROSCOPIA) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (00-59155)**

Revisado el Anexo 02 del Acuerdo 029 de 2011, observa la Sala que allí se registra el procedimiento, PROCTOSIGMOIDECTOMIA CON COLOSTOMIA CON ABORDAJE PERINEAL con código 485301, sin embargo, se considera que la técnica que se recobra, esto es, proctosigmoidectomía con coloscopia **POR LAPAROSCOPIA**, no se encuentra allí incluida, al igual que honorarios reclamados que por ser inherentes al procedimiento, dado el principio de integralidad ( T- 081 de 2019), manera que la glosa es infundada.

Adicionalmente, se advierte que el en el CTC ordenó dicha cirugía con sustento en " *Paciente de 55 años con diagnóstico de cáncer de recto estadio IV en tratamiento paliativo, regresión tumoral completa a nivel tumoral completa a nivel intramural e incompleta a nivel mesentérico 1 de 4 ganglios comprometidos.*; por lo que dado el carácter funcional del procedimiento es recobable.

El siguiente artículo<sup>5</sup> hace un estudio respecto de la cirugía laparoscopia en el cáncer de colon y recto, además permite entender las grandes ventajas de aplicar esta técnica vs la cirugía tradicional, que es la que se considera está incluida en el POS.

*(...) Esta técnica ha supuesto un cambio radical en la práctica de la cirugía ya que la publicación en la literatura médica de numerosos trabajos que comparan la cirugía laparoscópica y la denominada cirugía abierta o convencional, demuestran una serie de ventajas en el periodo postoperatorio de los pacientes intervenidos por técnicas de cirugía laparoscópica, como son:*

- *La desaparición del íleo postoperatorio.*
- *El menor dolor y por tanto la menor necesidad de analgesia.*
- *El menor número de complicaciones postoperatorias.*
- *La menor alteración de la función respiratoria.*

---

<sup>5</sup> <https://www.barnaclinic.com/es/especialidades/119/cirugia-laparoscopica-en-el-cancer-de-colon-y-recto>

*Todo lo cual conlleva a una más rápida recuperación del paciente, a una menor estancia hospitalaria y una disminución del periodo de convalecencia.  
(...)*

En lo que tiene que ver con la glosa 2-02, la misma resulta infundada si se tiene en cuenta que en la factura 00-59155, únicamente se encuentra incluido los honorarios causados por el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma.

Conclusión: Procede el recobro.

**19) 50846373: LA FACTURA NO CUMPLE CON EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO 617 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO. NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (00-0502) //EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS MEDICOS DE CIRUGIA MICRODISCECTOMIA PERCUTANEA ENDOSCOPICA POR RADIOFRECUENCIA) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.**

Frente a la glosa 2-02, al revisar las imágenes que sustentan el recobro de marras, se advierte la prosperidad de la misma, debido a que la factura 0502 adolece del Nit del adquirente de los bienes o servicios.

Por sustracción de materia, la Sala se releva de estudiar la otra causal de glosa.

Conclusión: No procede el recobro.

**20) 51072840: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS MEDICOS POR CONCEPTO DE ADRENALECTOMIA LAPAROSCOPICA) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (00 0148)**

Revisado el anexo 02 del acuerdo 029 de 2011, observa la Sala que allí se registra el procedimiento SUPRARRENALECTOMIA (ADRENALECTOMIA), PARCIAL SOD con código 652910, sin embargo, se considera que la técnica que se recobra, esto es, **laparoscopia** no está prevista en dicho anexo, ni en la resolución 5261 de 1994.

En ese orden de ideas, se concluye que este procedimiento, al igual que honorarios reclamados que por ser inherentes al procedimiento, dado el principio de integralidad (T-062 de 2017), no se encuentran incluidos en el plan de beneficios, en consecuencia, la glosa no puede salir adelante.

En lo que tiene que ver con la glosa 2-02, la misma resulta infundada si se tiene en cuenta que en la factura **00 0148**, únicamente se encuentra

incluido los honorarios causados por el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma, sin embargo, cabe precisar que el detallado también fue aportado por la EPS demandante.

Conclusión: Procede el recobro.

**21) 51073119: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS MEDICOS POR CONCEPTO DE ADRENALECTOMIA LAPAROSCOPICA) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (00 169)**

Revisado el anexo 02 del acuerdo 029 de 2011, se evidencia que en el mismo está incluido el procedimiento SUPRARRENALECTOMIA (ADRENALECTOMIA), UNILATERAL SOD con código 72200, al igual que SUPRARRENALECTOMIA (ADRENALECTOMIA), PARCIAL SOD con código 72300, no obstante, lo anterior, es de anotar que el recobro que se analiza comprende la técnica **laparoscopia** que no está prevista en dicho anexo, ni en la resolución 5261 de 1994.

En ese orden de ideas, se concluye que este procedimiento, al igual que honorarios reclamados que por ser inherentes al procedimiento, dado el principio de integralidad, no se encuentran incluidos en el POS, en consecuencia, la glosa no puede salir avante.

En lo que tiene que ver con la glosa 2-02, la misma resulta infundada si se tiene en cuenta que en la factura n.º 169, únicamente se encuentra incluido los honorarios causados por el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma, sin embargo, cabe precisar que el detallado también fue aportado por la EPS demandante.

Conclusión: Procede el recobro.

**22) 51073143: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS MEDICOS DE CIRUGIA MAMOPLASTIA DE REDUCCION SENO DERECHO FUNCIONAL) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (00 0148)**

Revisada la resolución 5261 de 1994, se advierte que dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) está contemplado la Cirugía reparadora de seno; igualmente el Acuerdo 289 de 2005, se plasmó: *Artículo 1º. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación,*

*siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo.*

*Cirugías Reparadoras de Seno.*

*- Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.*

*- Tratamiento para gran quemado.*

La justificación del procedimiento plasmada en el Acta del Comité Técnico Científico señala que la mamoplastia de reducción unilateral que se solicita es de carácter funcional, lo que permite colegir que este procedimiento, al igual que honorarios reclamados que por ser inherentes al procedimiento, se encuentran incluidos en el POS, en consecuencia, la glosa debe prosperar.

Sobre este tema puede consultarse la sentencia T-530 de 2013 y T 299-2015 proferidas por la Corte Constitucional.

En gracia de discusión, en cuanto a la glosa 2-02, se tiene que revisadas las imágenes que sustentan el recobro, se determina que el detallado si reposa. Conclusión: No procede el recobro.

**23) 51278545: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (RADIOCIRUGIA ESTEREOTAXICA DOSIS GAMMA) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (2591976)**

*“La radiocirugía estereotáxica es una forma muy precisa de radiología terapéutica. Se utilizan rayos de radiación enfocados de forma precisa (rayos gamma, rayos X o protones) para tratar tumores y otros problemas en el cerebro, el cuello, los pulmones, el hígado, la columna y otras partes del cuerpo.*

*La radiocirugía estereotáxica utiliza un equipo especial para poner en posición al paciente y dirigir una sola dosis grande de radiación hacia el objetivo de modo preciso. Por lo tanto, no se hacen incisiones ni cortes. Asimismo, la precisión de la radiocirugía estereotáxica **supone un daño mínimo a los tejidos sanos circundantes.***

*Al igual que otras formas de radiación, la radiocirugía estereotáxica trabaja dañando el ADN de las células objetivo. De esta manera, las células afectadas pierden la capacidad de reproducirse, lo cual causa que el tumor se reduzca<sup>1</sup>. En algunas lesiones de los vasos sanguíneos, como la malformación arteriovenosa (MAV), los vasos sanguíneos finalmente se cierran después del tratamiento.*

Por lo general, la radiocirugía estereotáxica **es un procedimiento ambulatorio**, pero el proceso completo puede requerir varias horas. Los efectos secundarios son mínimos y bastante leves, como fatiga, hinchazón o enrojecimiento<sup>6</sup>.

El mencionado artículo explica que existen tres tipos de radiocirugía a saber: i) Acelerador Lineal – Linac, ii) Gamma Knife y iii) radioterapia de protones. Revisado el anexo 2 del acuerdo 029 de 2011, establece la Sala que el procedimiento allí previsto es el primero de ellos, esto es, el Acelerador Lineal con Código 923101, sin embargo, debe precisarse que el que ahora se reclama se contrae al segundo, Gamma Knife tal y como lo plasmó el galeno en la descripción quirúrgica de la cirugía, lo que permite colegir que dicho procedimiento no está incluido en el POS, por lo que inicialmente debería ordenarse su pago.

Sin embargo, al revisarse la segunda causal de glosa, que se relaciona con que la factura 2591976 no adjunta el detallado, es de anotar que la misma tiene vocación de prosperar.

Ello, en razón a que ni en la factura **2591976**, ni en sus soportes se adjuntó el detallado de los insumos utilizados en el procedimiento, tampoco se discriminó el valor o precio unitario de los mismos, por manera que no se cumple con la exigencia contenida en el literal c del artículo 10 de la resolución 3099 de 2008, esto es no se anexó el detalle de cargos, con miras a verificar si el valor recobrado se encuentra ajustado.

Conclusión: Al salir avante una de las glosas impuestas, no es posible acceder a su pago.

24) **51388334: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (ABDOMINOPLASTIA POSTERIOR A CIRUGIA BARIATRICA NO INCLUYE HONORARIOS CIRUJANO) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (69 33961)**

La resolución 5261 de 1994 en su artículo 70 consagra la dermolipectomía con código 15180, como una operación reconstructiva incluida en el POS.

En la tutela T- 392 de 2009 se indicó: “*Sea lo primero señalar que, a la luz del artículo 70[56] de la Resolución 5261 de 1994, “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio*

---

<sup>6</sup> <https://blog.gammaknifedelpacifico.com/radiocirugia-estereotaxica-que-es-y-que-tipos-de-tecnologias-existen>

de Salud –POS–”, la cirugía denominada DERMOLIPECTOMÍA está incluida en el Plan Obligatorio de Salud –POS–.

Así las cosas, “la dermolipsectomía es definida como la intervención por la cual se elimina el exceso de piel y grasa de un área determinada; cuando se realiza en la zona del abdomen, se denomina dermolipsectomía abdominal o abdominoplastia, procedimiento quirúrgico que cuya finalidad es “extirpar el exceso de piel y grasa de la parte media y baja del abdomen y reforzar la musculatura de la pared abdominal”. Si la cirugía se lleva a cabo en la parte interior de los muslos mediante una incisión en la ingle se habla de dermolipsectomía crural o lifting crural bilateral, procedimiento que consiste en el estiramiento y resección de la piel excedente cuando se produce el descolgamiento cutáneo en los muslos; con esta intervención se busca eliminar porciones de piel y grasa y estirar y alisar la cara interna de los muslos.”[57]

El comité técnico científico sustento la realización del procedimiento objeto de recobro en “paciente de 54 años con diagnóstico de obesidad paciente flácida que la operaron hace 1 año y medio de cirugía bariátrica con flacidez abdomen y brazo que produce irritación en la piel.”, lo que permite colegir que se trata de un procedimiento funcional, y por ende está incluido en el Plan de beneficios, por lo que la glosa es acertada.

Por sustracción de materia, la Sala se releva de estudiar la otra causal de glosa.

Conclusión: No procede el recobro.

**25) 51390864: EL(OS) ELEMENTO(S) RECOBRADO(S) (HONORARIOS) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. YA FUERON RECONOCIDOS EN EL PAQUETE QUIRURGICO) // NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (60234)**

En los soportes que sustentan el recobro, se observa que el procedimiento realizado corresponde a una mamoplastia de reducción –Bilateral.

Revisada la resolución 5261 de 1994, se advierte que dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) está contemplado la Cirugía reparadora de seno; igualmente el Acuerdo 289 de 2005, se indicó: *Artículo 1º. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo.*

*Cirugías Reparadoras de Seno.*

- *Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.*
- *Tratamiento para gran quemado.*

La justificación del procedimiento plasmada en el Acta del Comité Técnico Científico señala que se solicita mamoplastia de reducción bilateral, debido a que la paciente cuenta con diagnóstico de hipertrofia de la mama con repercusión funcional, con aumento progresivo del volumen mamario que se asocia al dolor dorsal, limitación postural y funcional persistente que no mejoró a pesar del tratamiento médico, lo que permite colegir que se trata de un procedimiento funcional, debiéndose concluir que este procedimiento, al igual que honorarios reclamados que por ser inherentes al procedimiento, dado el principio de integralidad<sup>7</sup>, se encuentran incluidos en el Pos, en consecuencia, la glosa debe salir avante.

Sobre este tema puede consultarse la sentencia T-530 de 2013 y T 299-2015 en la que la Corte Constitucional.

En gracia de discusión, frente a la glosa 2-02, la misma resulta infundada si se tiene en cuenta que en la factura n.º 60234, únicamente se encuentra incluidos los honorarios causados por el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma.

Conclusión: No procede el recobro.

26) **51391000: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (RADIOCIRUGIA ESTEREOTACTICA DOSIS) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (2610666)**

*“La radiocirugía estereotáxica es una forma muy precisa de radiología terapéutica. Se utilizan rayos de radiación enfocados de forma precisa (rayos gamma, rayos X o protones) para tratar tumores y otros problemas en el cerebro, el cuello, los pulmones, el hígado, la columna y otras partes del cuerpo.*

*La radiocirugía estereotáxica utiliza un equipo especial para poner en posición al paciente y dirigir una sola dosis grande de radiación hacia el objetivo de modo preciso. Por lo tanto, no se hacen incisiones ni cortes. Asimismo, la precisión de la radiocirugía estereotáxica **supone un daño mínimo a los tejidos sanos circundantes.***

*Al igual que otras formas de radiación, la radiocirugía estereotáxica trabaja dañando el ADN de las células objetivo. De esta manera, las células afectadas*

---

<sup>7</sup> T- 081 de 2019 “En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente[39], “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”[40]. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias[41]

*pierden la capacidad de reproducirse, lo cual causa que el tumor se reduzca<sup>1</sup>. En algunas lesiones de los vasos sanguíneos, como la malformación arteriovenosa (MAV), los vasos sanguíneos finalmente se cierran después del tratamiento.*

*Por lo general, la radiocirugía estereotáxica **es un procedimiento ambulatorio**, pero el proceso completo puede requerir varias horas. Los efectos secundarios son mínimos y bastante leves, como fatiga, hinchazón o enrojecimiento<sup>8</sup>.*

El mencionado artículo explica que existen tres tipos de radiocirugía a saber: i) Acelerador Lineal – Linac, ii) Gamma Knife y iii) radioterapia de protones. Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, establece la Sala que el procedimiento allí previsto es el primero de ellos, esto es, el Acelerador Lineal con Código 923101, sin embargo, debe precisarse que el que ahora se reclama se contraer al segundo, Gamma Knife tal y como lo plasmó el galeno en la descripción quirúrgica de la cirugía, lo que permite colegir que dicho procedimiento no está incluido en el POS, por lo que inicialmente debería ordenarse su pago.

Sin embargo, al revisarse la segunda causal de glosa, que se relaciona con que la factura (2610666) no adjunta el detallado, es de anotar que la misma tiene vocación de prosperar.

Ello, en razón a que ni en la factura **2610666**, ni en sus soportes se adjuntó el detallado de los insumos utilizados en el procedimiento, tampoco se discriminó el valor o precio unitario de los mismos, por manera que no se cumple con la exigencia contenida en el literal c) del artículo 10 de la resolución 3099 de 2008, esto es, no se anexó el detalle de cargos, con miras a verificar si el valor recobrado se encuentra ajustado.

Conclusión: Al salir avante una de las glosas impuestas, no es posible acceder a su pago.

**27) 51492942: EL(OS) ELEMENTO(S) RECOBRADO(S) (HONORARIOS MEDICOS DE CIRUGIA PLEURECTOMIA PARIETAL POR TORACOSCOPIA) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. SON INHERENTES AL PROCEDIMIENTO.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (009)**

La **pleurectomía por toracoscopia** es un procedimiento para extirpar parte del tejido delgado que reviste el interior de la pared de la cavidad torácica o pleura y se lleva a cabo a través de un **toracoscopio**, empero, esta tecnología

---

<sup>8</sup> <https://blog.gammaknifedelpacifico.com/radiocirugia-estereotaxica-que-es-y-que-tipos-de-tecnologias-existen>

al no encontrarse contemplada en el Acuerdo 029 de 2011 debe ser pagada por la ADRES.

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que en la factura 009, únicamente se encuentra incluido el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma. Con todo, revisados los anexos de este recobro se aprecia que el detallado si reposa.

En consecuencia, procede el recobro.

**28) 51493620: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (SIMPATECTOMIA TORACICA BILATERAL VIDEOASISTIDA) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (2556881)**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 29 de 2009, se establece que dicho procedimiento se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que la glosa es fundada.

En cuanto a la segunda causal de glosa, en gracia de discusión, se determina que la misma no puede prosperar si se tiene en cuenta que en las imágenes que sustentan el recobro, reposa el detallado de la factura 256881. Conclusión: Al salir avante una de las glosas impuestas, no es posible acceder a su pago.

**29) 51493750: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS MEDICOS CIRUGIA BARIATRICA POR VIDEO LAPAROSCOPIA) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (10191)**

Cirugía Bariátrica por Laparoscopia: De acuerdo con nota externa 083073 de 2014, emanada del Ministerio de salud se tiene que no hace parte del plan de beneficios regulado en el Acuerdo 029 de 2011.

Dentro de la *Cirugía Bariátrica por Laparoscopia* se incluyen el bypass, manga, banda, switch, duodenal o derivación biliopancreática o plicatura y el sleeve gástrico por laparoscopia.

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que en la factura 10191, únicamente se encuentra incluido el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma.

En consecuencia, procede el recobro.

- 30) **51493753: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS MEDICOS CORRESPONDIENTES A CIRUGIA BARIATRICA) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (61666)**

Cirugía Bariátrica por Laparoscopia: De acuerdo con nota externa 083073 de 2014, emanada del Ministerio de salud se tiene que no hace parte del plan de beneficios regulado en el Acuerdo 029 de 2011.

Dentro de la *Cirugía Bariátrica por Laparoscopia* se incluyen el bypass, manga, banda, switch, duodenal o derivación biliopancreática o plicatura y el sleeve gástrico por laparoscopia.

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que en la factura 61666, únicamente se encuentra incluido el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma.

En consecuencia, procede el recobro.

- 31) **51493770: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (DISECCION ENDOSCOPICA DE LA SUBMUCOSA DES CON IT KNIFE2+GLICEROL NO INCLUYE HONORARIOS MEDICOS NI DE ANESTESIA) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (113 260875)**

De acuerdo con el Acuerdo 029 de 2011 se tiene que en procedimiento recobrado no hace parte del plan de beneficios, por lo que la glosa analizada resulta infundada.

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que revisadas las imágenes que sustentan el recobro, se determina que el detallado si reposa.

En consecuencia, procede el recobro.

- 32) **51493837; EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (IMPLANTE DE ANILLOS INTRAESTROMALES INCLUYE SUMINISTRO DE ANILLOS BILATERAL) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (16374)**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS y procede su pago.

De igual forma, al revisar el segundo motivo de glosa, encuentra la Sala que el mismo es fundado. Lo anterior debido a que, ni en la factura 16374, ni en sus soportes se detalla cada uno de los valores reclamados por el servicio objeto del recobro, nótese que solamente se hace referencia a que el nombre del procedimiento es “*implante anillos intraestromales*” (Servicio no Pos), sin anexar para este efecto el detalle de cargos, como lo exige el literal c) del artículo 10 de la resolución 3099 de 2008.

Conclusión: No procede el recobro.

**33) 51543151: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS POR REIMPLANTE BILATERAL VESICULOURETRAL ENDOSCOPICO INCLUYE COPOLIMERO) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. (RECOBRADO EN PAQUETE)// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (0993)**

*Cirugía de reimplantación ureteral*<sup>9</sup>:

*Los uréteres son los conductos que transportan la orina desde los riñones hacia la vejiga. La reimplantación ureteral es una cirugía para cambiar la posición por donde estos conductos entran a la pared de la vejiga.*

*La cirugía se puede realizar de 3 maneras. El método usado dependerá de la condición de su hijo y de cómo los uréteres necesitan ser sujetados de nuevo a la vejiga.*

- En la cirugía abierta, el médico hará una pequeña incisión en la parte inferior del vientre a través del músculo y la grasa.*
- En la cirugía laparoscópica, el médico realizará el procedimiento usando una cámara y pequeños instrumentos quirúrgicos a través de 3 o 4 incisiones pequeñas en el vientre.*
- La cirugía robótica es similar a la cirugía laparoscópica, excepto que los instrumentos los sostiene un robot. El cirujano controla al robot.*

*Su hijo será dado de alta de 1 a 2 días después de la cirugía.*

En esa dirección, encuentra la Sala que el procedimiento recobrado no está incluido en el plan de beneficios, debido a que, el que se encuentra contemplado en el Acuerdo 029 de 2011 corresponde a RESECCIÓN DE URETEROCELE Y REIMPLANTE DE URETER IPSILATERAL **VÍA ABIERTA**, con código 568941, esto es, no se refiere a la técnica laparoscópica que fue la técnica ordenada por el Comité Técnico científico.

---

<sup>9</sup> <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007704.htm>

Adicionalmente, no existe prueba que este procedimiento haya sido recobrado en “paquete”, pues la demandada no acreditó tal afirmación.

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que en la factura 0993, únicamente se encuentra incluido el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma.

En consecuencia, procede el recobro.

**34) 51868084: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (DISECCION ENDOSCOPICA DE LA SUBMUCOSA GASTRICA NO INCLUYE HONORARIOS MEDICOS) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (113 289419)**

En el caso señalado, al verificar lo dispuesto por el Acuerdo 008 de 2009, se observa que el procedimiento descrito no se encuentra incluido en Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) y, por tanto, la glosa no saldrá avante.

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que revisadas las imágenes que sustentan el recobro, se determina que el detallado si reposa.

En consecuencia, procede el recobro.

**35) 51868143: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (SIGMOIDECTOMIA POR LAPAROSCOPIA) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (113 226758)**

Revisado el anexo 2 del acuerdo 008 de 2009, se constata que dicho servicio no está incluido en el mismo. Si bien con el código 457600 se registra el procedimiento “SIGMOIDECTOMIA SOD”, es de anotar que este es diferente al que se recobra dado que en este asunto se habla de “SIGMOIDECTOMIA POR **LAPAROSCOPIA**” , esto es, se utilizó una tecnología diferente a la consagrada en el plan de beneficios.

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que revisadas las imágenes que sustentan el recobro, se determina que el detallado si reposa.

Conclusión: Procede el recobro.

**36) 51909667: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS MEDICOS POR CONCEPTO DE MAMOPLASTIA DE REDUCCION BILATERAL) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (266)**

De los soportes que sustentan el recobro, se observa que el procedimiento realizado corresponde a una mamoplastia de reducción -Bilateral con código 853100.

Revisada la resolución 5261 de 1994, se advierte que dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) está contemplado la Cirugía reparadora de seno; igualmente el Acuerdo 289 de 2005, acordó: *Artículo 1º. En los Planes Obligatorios de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado están incluidos los procedimientos de Cirugía Plástica, Maxilofacial y de otras especialidades descritas en la Resolución 5261 de 1994, que se relacionan a continuación, siempre que tengan fines reconstructivos funcionales en los términos expuestos en el presente Acuerdo.*

*Cirugías Reparadoras de Seno.*

- *Tratamiento para paladar hendido y labio fisurado.*
- *Tratamiento para gran quemado.*

La justificación del procedimiento plasmada en el Acta del Comité Técnico Científico señala que se solicita mamoplastia de reducción bilateral, debido a que la paciente tiene diagnóstico de hipertrofia de la mama quien presenta cuadro clínico de difícil manejo, lo que permite colegir que se trata de un procedimiento funcional, debiéndose concluir que este procedimiento, al igual que honorarios reclamados que por ser inherentes al procedimiento, se encuentran incluidos en el POS, en consecuencia, la glosa debe prosperar.

Sobre este tema puede consultarse la sentencia T-530 de 2013 proferida por la Corte Constitucional.

En gracia de discusión, en cuanto a la glosa 2-02, se tiene que en la factura 266 y sus anexos, se determina que el detallado si reposa.

Conclusión: Al salir avante una de las glosas impuestas, no es posible acceder a su pago.

**37) 51981264: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (PROTESIS BIODIMENSIONAL EXPANSORA SEGÚN ESPECIFICACIONES) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (SCUM-1716932)**

Sobre este servicio el perito dentro de su experticia explicó: *“PROTESIS BIODIMENSIONAL EXPANSORA SEG es un aparato rehabilitador y ayudante en el sosten del paciente Este es un insumo no incluido en el POS según la Resolución 5261 de 1994, normatividad vigente por fecha de prestación. En*

la Resolución 4251 del Ministerio de Salud del 13 de diciembre de 2012 en su anexo técnico, se reitera que en el POS solo está incluido el Stent convencional no medicado. Por lo tanto es NO POS para los procedimientos realizados en el 2008. Este insumo solo se incluyó al POS a partir del 1ro de enero de 2014 con la Resolución 5521 en su Artículo 63. En el memorando 201433200083073 del Ministerio de Salud y Protección Social, Periodo radicación-Divergencias Recurrentes, mediante la cual se dan lineamientos técnicos sobre la cobertura de algunas tecnologías para el saneamiento de cuentas de recobros, se indica en sus Criterios de Auditoría en el Numeral 11, que la PROTESIS BIODIMENSIONAL EXPANSORA para las prestaciones cuya cobertura estaba dada por la Resolución 5261 de 1994 es NO POS. Por lo tanto, este suministro es NO POS.”

En lo que tiene que ver con la glosa 2-02, se observa que tal y como lo sostiene la encartada, no se adjuntó el detallado de la factura **SCUM-1716932** dado que en dicho título valor, solamente se hizo referencia a “implante prótesis expansora”, “valor 2.800.000” sin que se especifique el total, cantidad y código de los insumos utilizados en dicha cirugía, menos aún el valor unitario y valor total de cada uno de ellos, desconociéndose de esta manera el literal c) del artículo 10 de la resolución 3099 de 2008, al no anexarse el detalle de cargos, con miras a verificar si el valor recobrado se encuentra ajustado.

Conclusión: No procede el recobro.

**38) 52114117: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (CORRECCION DE CIFOSIS INCLUYE HONORARIOS E INSUMOS) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (113 243693)**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 008 de 2009, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS y procede su pago.

Ahora, al revisar el segundo motivo de glosa, encuentra la Sala que el mismo tampoco resulta fundado, porque con los soportes que sustentan el recobro se allegó el detallado de la factura analizada.

Conclusión: Procede el recobro.

**39) 52230746: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS DE CORRECCION DE ESCOLIOSIS + MONITOREO ANTERIOR Y POSTERIOR) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (528)**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se observa que el procedimiento descrito no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud (**PBS**) y, por tanto, si no se encuentra incluido tal tecnología o procedimiento, tampoco los honorarios causados por llevar a cabo tal cirugía, ello según el principio de integralidad y, por tanto, en principio habría lugar a que se ordenara el pago de este recobro.

En lo que tiene que ver con la glosa 2-02, la misma resulta infundada si se tiene en cuenta que en la factura **528**, únicamente se encuentra incluido los honorarios causados por el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma.

Conclusión: Procede el recobro.

**40) 52276344; EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (RETIRO DE ANILLOS INTRAESTOMALES (INCLUIDA ANESTESIA) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// EN LA FACTURA DE VENTA DEL PROVEEDOR DEL SERVICIO NO SE DISCRIMINA (3 0252), REQUISITO EXIGIDO EN EL LITERAL C) DEL ARTÍCULO 617 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO.**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS y procede su pago.

De otro lado, al estudiar el segundo motivo de glosa, encuentra la Sala que el detalle de cargos correspondiente a este recobro obra en las diligencias, por lo que la misma resulta infundada.

Conclusión: Procede el recobro.

**41) 52300686: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (IMPLANTE DE ANILLOS INTRAESTROMALES INCLUYE SUMINISTRO) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (30454)**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS y procede su pago.

Ahora, al revisar el segundo motivo de glosa, encuentra la Sala que el mismo es fundado, porque con los soportes del recobros, si bien se allegó el

detallado de los insumos utilizados en el procedimiento, no es menos cierto que no se discriminó el valor o precio unitario de cada uno de ellos, por manera que no se cumple con la exigencia contenida en el literal c) del artículo 10 de la resolución 3099 de 2008, esto es no se anexó el detalle de cargos, con miras a verificar si el valor recobrado se encuentra ajustado, como por ejemplo, ocurrió en recobro n.º 53075922.

Conclusión: Al salir avante una de las glosas impuestas, no es posible acceder a su pago.

**42) 52301088: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (PERSANTIN ® AMPOLLAS 10 MG/2 ML SOLUCIÓN INYECTABLE) ESTÁ INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC. // NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (113 259776)**

En lo que tiene que ver con la glosa 2-02, al revisar la factura que sustenta el recobro, observa la Sala que en la misma no se identifica en medicamento que está siendo objeto de recobro, por manera que no se tiene certeza que el concepto “medicamentos” por valor de “36.200” corresponda a “PERSANTIN ® AMPOLLAS 10 MG/2 ML SOLUCIÓN INYECTABLE”, lo que lleva a concluir que la glosa es fundada, y por sustracción de materia no se estudia la otra causal.

Conclusión: No procede el recobro.

**43) 52847269: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (HONORARIOS MEDICOS ANESTESIOLOGO (PROCTOSIGMOIDECTOMIA + ILIOSTOMIA LAPAROSCOPICA).) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (83 0164)**

Revisado el Anexo 02 del Acuerdo 029 de 2011, se observa que la tecnología descrita no se encuentra incluida en el plan de beneficios y, por tanto, si no se encuentra incluido tal tecnología o procedimiento, tampoco los honorarios causados por llevar a cabo tales cirugía, ello según el principio de integralidad ( T- 081 de 2019), y por tanto procede el recobro.

En lo que tiene que ver con la glosa 2-02, la misma resulta infundada debido a que en la factura 830164, únicamente se encuentra incluido los honorarios causados por el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma.

Conclusión: procede el recobro

**44) 52897277: EL MEDICAMENTO, SERVICIO, ELEMENTO O INSUMO (ANOSTOMOSIS CORONARIA DE 2 VASOS CIRUGIA DE BANTALL) ESTA INCLUIDO EN EL POS. VALOR RECONOCIDO POR LA UPC.// NO ADJUNTAN DETALLADO DE LA FACTURA NRO (113 302657)**

*“El procedimiento de Bentall es una operación para reemplazar parte de la aorta y la válvula aórtica del corazón debido a un abultamiento (aneurisma) en la aorta.*

*La aorta es el vaso sanguíneo (arteria) grande que transporta sangre desde el corazón pasando por el pecho y el abdomen al resto del organismo. La válvula aórtica, la cual se halla en la base de la aorta, permite que la sangre fluya desde el corazón a la aorta. Un aneurisma puede cambiar la forma de la válvula aórtica e impedir que la válvula funcione como debería<sup>10</sup>.*

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS y procede su pago.

De otro lado se verifica que la glosa 2-02 es infundada en la medida que el detallado de la factura 113 302657 se encuentra aportado al informativo.

Conclusión: Procede el recobro.

**45) 52897376: El medicamento, servicio, elemento o insumo (ABDOMINOPLASTIA CIRCUNFERENCIAL) está incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC. // No adjuntan detallado de la factura Nro (113 302657)**

La resolución 5261 de 1994 en su artículo 70 consagra la dermolipsectomía con código 15180, como una operación reconstructiva incluida en el POS.

En la tutela T- 392 de 2009 se indicó: “ Sea lo primero señalar que, a la luz del artículo 70[56] de la Resolución 5261 de 1994, “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud –POS-”, la cirugía denominada DERMOLIPECTOMÍA está incluida en el Plan Obligatorio de Salud –POS-.

Así las cosas, “la dermolipsectomía es definida como la intervención por la cual se elimina el exceso de piel y grasa de un área determinada; cuando se realiza

---

<sup>10</sup> <https://espanol.kaiserpermanente.org/es/health-wellness/health-encyclopedia/he.aprenda-sobre-el-procedimiento-de-bentall.ace3153>

en la zona del abdomen, se denomina dermolipsectomía abdominal o abdominoplastia, procedimiento quirúrgico que cuya finalidad es “extirpar el exceso de piel y grasa de la parte media y baja del abdomen y reforzar la musculatura de la pared abdominal”. Si la cirugía se lleva a cabo en la parte interior de los muslos mediante una incisión en la ingle se habla de dermolipsectomía crural o lifting crural bilateral, procedimiento que consiste en el estiramiento y resección de la piel excedente cuando se produce el descolgamiento cutáneo en los muslos; con esta intervención se busca eliminar porciones de piel y grasa y estirar y alisar la cara interna de los muslos.”[57]

El comité técnico científico sustentó la realización del procedimiento objeto de recobro así: “paciente de 46 años con diagnósticos de obesidad con po de cirugía bariátrica hace más o menos 3 años con pérdida de peso 140 kilos. Actualmente con 140 kilos, presenta deformidad abdominal debajo de los genitales, dermatitis de contacto”, lo que permite colegir que se trata de un procedimiento funcional, y por ende está incluido en el Plan de beneficios, por lo que la glosa es acertada.

Por sustracción de materia, la Sala se releva de estudiar la otra causal de glosa.

**46) 52935760: El medicamento, servicio, elemento o insumo (IMPLANTE DE CARDIORESINCRONIZADOR) está incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC. // No adjuntan detallado de la factura Nro (113 258641)**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS y procede su pago.

De otro lado se verifica que la glosa 2-02 es infundada en la medida que el detallado de la factura 113 258641 se encuentra aportado al informativo.

Conclusión: Procede su pago.

**47) 53046357: El medicamento, servicio, elemento o insumo (PRUEBA WAIS) está incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC. // No adjuntan detallado de la factura Nro (2 2139)**

En cuanto a las pruebas neuropsicológicas y prueba de Wisc (Escala de inteligencia de Weschlet para niños, relacionado en protocolo de registro), se evidencia que están registradas bajo cód. CUP 940700 “ADMINISTRACIÓN [APLICACIÓN] DE PRUEBA NEUROPSICOLÓGICA (CUALQUIER TIPO) SOD”, contenido en la res. 1896 de 2001, el cual no está

incluido en el Anexo 2 de Procedimientos del ac. 029 de 2011, normatividad vigente en la fecha de prestación, por lo tanto, es No POS

De otro lado se verifica que la glosa 2-02 es infundada en la medida que el detallado de la factura **2 2139** se encuentra aportado al informativo.

Conclusión: Procede el recobro

**48) 53049334: El medicamento, servicio, elemento o insumo (LIPECTOMIA ABDOMINAL NO INCLUYE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO NI CIRUJANO) está incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC. // No adjuntan detallado de la factura Nro (113 308172)**

Aun cuando se considera que la glosa 2-02 no está llamada a prosperar porque se adjuntó el detallado, es de anotar que no se ordenará su pago. Lo anterior, en razón a que la glosa 1-03, saldrá avante, al considerarse razonada la causal invocada, ello, debido a que en el Acuerdo 029 de 2011 se incluye bajo el código CUP 868304, el procedimiento "*REDUCCIÓN DE TEJIDO ADIPOSOS DE PARED ABDOMINAL, POR LIPOSUCCIÓN O LIPECTOMÍA*."

Conclusión: Al salir avante una de las glosas impuestas, no es posible acceder a su pago.

**49) 53074661: El medicamento, servicio, elemento o insumo (HONORARIOS ANESTESIOLOGO POR HEMICOLECTOMIA RADICAL POR LAPAROSCOPIA) está incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC.// No adjuntan detallado de la factura Nro (401)**

*“La colectomía por vía laparoscópica para resección de tumores de colon es un método seguro, eficaz y reproducible. Sin embargo, exige tecnología de alto costo y debe ser realizada por un grupo quirúrgico con habilidad y experiencia en sutura manual laparoscópica.”<sup>11</sup>*

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS y procede su pago.

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que en la factura **401**, únicamente se encuentra incluido el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma.

---

<sup>11</sup> <https://revistas.unab.edu.co/index.php/medunab/article/view/3829>

Conclusión: Procede el recobro.

**50) 53075922: El medicamento, servicio, elemento o insumo (IMPLANTE DE ANILLOS INTRAESTROMALES INCLUYE SUMINISTRO) está incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC. // No adjuntan detallado de la factura Nro (3 0162)**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS y procede su pago.

Al estudiar el segundo motivo de glosa, encuentra la Sala que el mismo resulta infundado, si se tiene en cuenta que en los soportes magnéticos aparece, el detalle de cargos, donde se registra, entre otros, la cantidad de anillos intraesromales utilizados y el valor unitario de cada uno de ellos.

Conclusión: Procede el recobro.

**51) 53131792: El medicamento, servicio, elemento o insumo ( POR CONCEPTO DE HONORARIOS DE ANESTESIOLOGO DE CIRUGIA LOBECTOMIA SEGMENTARIA POR TORACOSCOPIA) está incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC. // No adjuntan detallado de la factura Nro ( 75 0245)**

Este procedimiento que se realiza a través de cirugía, se utiliza para extirpar el lóbulo afectado de los pulmones y se encuentra contenido en el Anexo 2 del Acuerdo 08 de 2009 bajo el código CUPS 324200, el procedimiento por toracoscopia el cual se utiliza para observar el interior de la cavidad torácica a través de un tubo delgado y flexible con una luz y una pequeña cámara de vídeo en el extremo, no se encuentra contemplado en dicho Acuerdo como parte del POS y por ello procede el recobro de los mismo.

En cuanto a la glosa 2-02, se tiene que en la factura 72-0245, únicamente se encuentra incluido el procedimiento recobrado, por lo que no era necesario arrimar el detalle de la misma. En consecuencia, procede el recobro.

Conclusión: Procede el recobro.

**52) 53132207: El medicamento, servicio, elemento o insumo (IMPLANTE CARDIO RESINCRONIZADOR INCLUYE SUMINISTRO) está incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC. // No adjuntan detallado de la factura Nro (113 310539)**

Revisado el anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, se establece que dicho procedimiento no se encuentra allí contenido, por lo que se concluye que es NO POS y procede su pago.

De otro lado se verifica que la glosa 2-02 es infundada en la medida que el detallado de la factura 113 258641 se encuentra aportado al informativo.

Conclusión: Procede el recobro

Bajo ese panorama, en cuanto a las **glosas únicas**, la Sala **condenará** a la encartada al pago de los siguientes recobros:

1	24990111	\$7.126.293,00
2	49881208	\$226.995,00
3	51868048	\$18.756.093,00
4	52078220	\$1.777.980,00
5	52946595	\$8.852.088,00
6	52078218	\$1.160.180,00
	<b>total</b>	<b>\$37.899.629,00</b>

Y **absolverá** de este recobro:

1	25338258	\$1.845.030,00
	<b>total</b>	<b>\$1.845.030,00</b>

En lo que tiene que ver con las **glosas combinadas**, se **condenará** a ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar los siguientes recobros

1	24766611	\$193.500,00
2	25165746	\$900.000,00
3	25287430	\$8.418.210,00
4	25338227	\$213.800,00
5	49359251	\$2.357.598,00
6	50478236	\$2.933.972,00
7	50846104	\$ 174.500,00
8	51072840	\$63.400,00
9	51073119	\$ 71.500,00
10	51492942	\$1.046.000,00
11	51493750	\$5.703.200,00
12	51493753	\$5.703.200,00
13	51493770	\$4.564.524,00
14	51543151	\$456.975,00

15	51868084	\$2.400.073,00
16	51868143	\$6.178.325,00
17	52114117	\$14.800.982,00
18	52230746	\$4.703.200,00
19	52276344	\$1.233.590,00
20	52847269	\$305.600,00
21	52897277	\$26.207.982,60
22	52935760	\$62.900.010,00
23	53046357	\$119.080,00
24	53074661	\$137.900,00
25	53075922	\$4.444.285,00
26	53131792	\$19.600,00
27	53132207	\$62.900.010,00
	<b>total</b>	<b>\$219.151.016,60</b>

Finalmente se **absolverá** de los siguientes recobros:

1	25282553	\$4.995.600,00
2	25366830	\$2.076.836,00
3	48913789	\$87.900,00
4	49358837	\$251.678.317,00
5	49880498	\$2.000.000,00
6	49880499	\$520.000,00
7	49880500	\$2.000.000,00
8	50377069	\$308.800,00
9	50377126	\$3.839.300,00
10	50846039	\$117.700,00
11	50846040	\$ 117.700,00
12	50846373	\$219.600,00
13	51073143	\$170.900,00
14	51278545	\$17.257.100,00
15	51388334	\$759.111,00
16	51390864	\$738.325,00
17	51391000	\$18.344.600,00
18	51493620	\$3.206.766,00
19	51493837	\$74.820,00
20	51909667	\$847.150,00
21	51981264	\$2.800.000,00
22	52300686	\$ 778.790,00

23	52301088	\$29.788,00
24	52897376	\$6.335.312,53
25	53049334	\$1.357.144,00
	<b>total</b>	<b>\$320.661.559,53</b>

Así las cosas, pertinente resulta modificar la decisión de primera instancia, en el sentido de **condenar a la demandada al pago de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$257.050.645,60) correspondiente a 33 recobros.**

Superado lo anterior y frente a la apelación de la ADRES que hace referencia a la no procedencia de los **intereses moratorios**, es de anotar que si bien se encuentran consagrados en el Decreto 1281 de 2002, en concordancia con el Decreto 019 de 2012, también lo es que no se puede desconocer el texto de la Ley 1955 de 2019 por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, consagra en el parágrafo 5 del artículo 237 que las decisiones judiciales que ordenen el pago de recobros distintos, se indexaran sin lugar a intereses de mora, se considera que al tratarse de recobros por servicios no financiados con la UPC hay lugar a aplicar dicha norma, y en consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a la demandada del reconocimiento de intereses moratorios y, en consecuencia, ordenar el pago indexado de los 33 ítems que serán objeto de condena, tomando para ese efecto, como IPC inicial el del mes en que se prestó tal servicio y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO** de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedara así: **PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECUROS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a reconocer y pagar a la EPS SANITAS S.A., la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$257.050.645,60) correspondiente a 33 recobros que se discriminan a continuación:**

1	24990111	\$7.126.293,00
2	49881208	\$226.995,00
3	51868048	\$18.756.093,00
4	52078220	\$1.777.980,00
5	52946595	\$8.852.088,00
6	52078218	\$1.160.180,00
7	24766611	\$193.500,00
8	25165746	\$900.000,00
9	25287430	\$8.418.210,00
10	25338227	\$213.800,00
11	49359251	\$2.357.598,00
12	50478236	\$2.933.972,00
13	50846104	\$ 174.500,00
14	51072840	\$63.400,00
15	51073119	\$ 71.500,00
16	51492942	\$1.046.000,00
17	51493750	\$5.703.200,00
18	51493753	\$5.703.200,00
19	51493770	\$4.564.524,00
20	51543151	\$456.975,00
21	51868084	\$2.400.073,00
22	51868143	\$6.178.325,00
23	52114117	\$14.800.982,00
24	52230746	\$4.703.200,00
25	52276344	\$1.233.590,00
26	52847269	\$305.600,00
27	52897277	\$26.207.982,60
28	52935760	\$62.900.010,00
29	53046357	\$119.080,00
30	53074661	\$137.900,00
31	53075922	\$4.444.285,00
32	53131792	\$19.600,00
33	53132207	\$62.900.010,00
	<b>total</b>	<b>\$257.050.645,60</b>

**SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO** de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito

de Bogotá D.C., el cual quedará así **CUARTO**: declarar probada la excepción de **AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA DEMANDADA** en relación con los siguientes recobros.

1	25282553	\$4.995.600,00
2	25366830	\$2.076.836,00
3	48913789	\$87.900,00
4	49358837	\$251.678.317,00
5	49880498	\$2.000.000,00
6	49880499	\$520.000,00
7	49880500	\$2.000.000,00
8	50377069	\$308.800,00
9	50377126	\$3.839.300,00
10	50846039	\$117.700,00
11	50846040	\$ 117.700,00
12	50846373	\$219.600,00
13	51073143	\$170.900,00
14	51278545	\$17.257.100,00
15	51388334	\$759.111,00
16	51390864	\$738.325,00
17	51391000	\$18.344.600,00
18	51493620	\$3.206.766,00
19	51493837	\$74.820,00
20	51909667	\$847.150,00
21	51981264	\$2.800.000,00
22	52300686	\$ 778.790,00
23	52301088	\$29.788,00
24	52897376	\$6.335.312,53
25	53049334	\$1.357.144,00
26	25338258	\$1.845.030,00

**TERCERO: REVOCAR el numeral SEGUNDO** de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de la condena por concepto de intereses moratorios, por las razones expuestas.

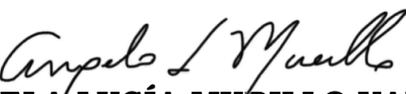
**CUARTO: MODIFICAR el numeral TERCERO** de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el cual quedará así: **TERCERO: CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, a reconocer y

pagar el valor de los 33 recobros discriminados en el numeral primero de esta providencia, de manera indexada, tomando para ese efecto, como IPC inicial el del mes en que se prestó tal servicio y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago, por las razones expuestas.

**QUINTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** EPS SANITAS S.A.

**DEMANDADO:** NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL HOY ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES Y OTROS

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 007 2019 00004 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022).

### **SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 27 de octubre de 2021 por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta.

### **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare la existencia de una obligación de pagar por parte de la demandada la suma de \$24.150.786 por concepto de la cobertura y suministro efectivo de procedimientos, servicios o medicamentos no incluidos en el POS o no costeados por la UPC que el Sistema General de Seguridad Social en Salud le reconoce mensualmente por cada afiliado y beneficiario, correspondiente a 208 recobros con 217 items.

Como consecuencia de lo anterior, se condene en la modalidad de daño emergente al reconocimiento y pago a la suma de \$24.150.786.

Se condene por concepto de gastos administrativos, equivalente al 10% del valor de los recobros, esto es \$2.415.078, e intereses moratorios liquidados entre la fecha de exigibilidad del respectivo recobro y la de pago efectivo de su importe a la tasa máxima de interés moratorio establecida para los tributos administrativos por la DIAN.

En subsidio de los intereses moratorios, solicitó la indexación. (fl.3 vuelto)

**ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES** contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, señalando que los recobros solicitados en la demanda fueron objeto de imposición de glosas que no permitieron su aprobación y pago.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó prescripción trienal, prescripción especial, inexistencia de la obligación, inexistencia del hecho o culpa exclusiva de la EPS recobrante como causal exonerativa de responsabilidad, improcedencia del pago de intereses moratorios y la indexación de las sumas de dinero solicitadas es un componente del interés mercantil. (fl.96)

Por auto de 12 de noviembre de 2020, el Juzgado aceptó el llamamiento en garantía que la ADRES hizo a CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.; GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S - GRUPO ASD S.A.S; SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA SERVIS S.A.S.

En la misma providencia, negó la vinculación de la sociedad JAHV MAGREGOR S.A. AUDITORES Y CONSULTORES.

Por auto de 11 de febrero de 2021 y al desatar el recurso de reposición presentado por la apoderada de CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.; GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S - GRUPO ASD S.A.S; SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA SERVIS S.A.S., repuso el auto de fecha 12 de noviembre de 2020 para en su lugar negar el llamamiento deprecado.

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de octubre de 2021, condenó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a pagar a SANITAS EPS el valor de \$6.191.339 equivalente a la suma de cada uno de los valores

reclamados por la prestación de los servicios médicos y medicamentos No POS ordenados en fallos de tutela y comités técnico científicos que se aportaron como base para la reclamación de las pretensiones, y teniendo en cuenta la prescripción.

Condenó a ADRES a pagar a la EPS SANITAS los intereses moratorios sobre la suma adeudada a la tasa establecida para los tributos administrados por la DIAN, intereses que se causan desde la fecha que se presentaron para su cobro los recobros que están incluidos en el cuadro que hace parte de la sentencia.

Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás excepciones propuestas y condenó en costas a ADRES, fijando como agencias en derecho el 7% de las condenas impuestas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

En la oportunidad procesal presentaron recurso de apelación las partes, sobre los siguientes aspectos:

**EPS SANITAS: i)** el término de prescripción se empieza a contar no desde la fecha de prestación del servicio, sino desde que la entidad ratifica la glosa y le indica a la EPS que no va a efectuar el pago, **ii)** frente a los recobros sobre los que el juez señaló no tener prueba, debe atenderse a lo señalado por el perito pues si se acreditaron los documentos que permiten ordenar el pago de todos los recobros y **iii)** procede el reconocimiento por concepto de gastos administrativos.

**ADRES: i)** no deben reconocerse los recobros solicitados por la parte actora porque fueron glosados por distintas causas que no fueron analizadas por el juez y **ii)** no procede la condena por concepto de intereses moratorios.

### **ALEGACIONES**

La apoderada de la EPS Sanitas presentó escrito de alegaciones.

### **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si es procedente el reconocimiento y pago de los recobros solicitados en la demanda, al igual que el pago de intereses moratorios y

gastos de administración; además, se analizará la excepción de prescripción y desde qué momento debe empezar a contabilizarse.

### **Elementos probatorios relevantes**

- A folios 49 a 59, comunicación de resultados de auditoría integral presentados por objeción a resultados de auditoría mediante formato MYT-04.
- A folio 93, cd imágenes recobros.
- A folio 95, apoyo técnico.
- Dictamen pericial.
- Declaración del perito.

### **Caso concreto**

En el proceso que se estudia se solicitó el pago de 208 recobros con 217 items, de los cuales algunos fueron reconocidos por el juez de primera instancia, motivo por el cual se analizarán todas las solicitudes de recobro presentadas, aunado a que se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la ADRES por virtud del artículo 69 del CPTySS modificado por la Ley 1149 de 2007 y las restantes por haber sido objeto de apelación por la EPS demandante.

Para resolver el problema jurídico se tiene en cuenta que:

- i)** La EPS SANITAS S.A. prestó servicios de salud requeridos por sus afiliados, según su versión de acuerdo con lo dispuesto por el Comité Técnico Científico y en virtud de las órdenes impartidas en diversos fallos de tutela o autorizaciones impartidas por el Comité Técnico Científico.
- ii)** En el cd denominado “proyecto técnico” la encartada realizó glosas únicas y combinadas en las que planteó los siguientes reparos a las facturas:

<b>ID GLOSAS</b>	<b>DESCRIPCION GLOSA</b>
3001 3002	Los datos de usuario no corresponden a los registrados en la BDUA-BDEX
3201	La tecnología en salud autorizada u ordenada, prescrita, facturada y entregada se encuentra cubierta por el POS para la fecha de prestación del servicio.
3301 3304	La tecnología en salud No POS fue prescrita por el médico tratante del usuario

3505	El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta (n), o no contiene (n), la información requerida.
110 83	Operó el fenómeno de caducidad para la interposición de las acciones legales.
3401 3406 3418 3419	El Acta de CTC no se aporta o no contiene la información requerida por la norma vigente.
4001	El recobro o la objeción se presenta fuera de los términos establecidos.
4201 4209	El valor recobrado no se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente.

Adicionalmente, se recuerda que la Ley 100 de 1993 en su artículo 162, estableció que *“El sistema general de seguridad social en salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos habitantes del territorio nacional (...); este plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan”*.

Conforme a lo anterior, el POS constituye una serie de parámetros o premisas que deben cumplir las EPS de forma obligatoria para la atención del servicio de salud de los afiliados y que para el caso que nos ocupa, se encuentran previstos en la Resolución 5261 de 1994, Resolución 3099 de 2008, Acuerdo 008 de 2009, resoluciones 3754 de 2008, 5033 de 2008, 4377 de 2010, 1089 de 2011, 1383 de 2011, 2064 de 2011, 2256 de 2011, 28 de 2012, 2851 de 2012, 3408 de 2012, 3086 de 2012, 458 de 2013, 803 de 2013, 2482 de 2013, 2729 de 2013, 5073 de 2013 y 5395 de 2013, teniendo en cuenta la fecha en que se prestaron los servicios de salud que son objeto de este proceso, esto es, entre el 9 de septiembre de 2011 al 15 de junio de 2017.

Además de ello, se dará aplicación al principio y enfoque de *integralidad* de los Planes Obligatorios de Salud contemplado en el Capítulo III artículo 9° del Acuerdo 008 de 2009 que indica:

*“Principio mediante el cual los medicamentos esenciales, suministros y tecnología en salud, en los diferentes niveles de complejidad y en los diferentes ámbitos de atención necesarios para ejecutar una actividad, procedimiento o intervención de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de la enfermedad, descritos o*

*incluidos en el presente acuerdo, hacen parte y en consecuencia constituyen la integralidad del POS o del POS-S según el caso.”*

Conviene traer a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-062 de 2017, cuando enseñó que *“(…) el tratamiento integral en materia de salud, comporta una gran importancia en cuanto a la garantía efectiva de este derecho fundamental, en la medida en que no se reduce a la prestación de medicamentos o de procedimientos de manera aislada, sino que abarca todas aquellas prestaciones que se consideran necesarias para conjurar las afecciones que puede sufrir una persona, ya sean de carácter físico, funcional, psicológico, emocional e inclusive social, derivando en la imposibilidad de imponer obstáculos de ninguna clase para obtener un adecuado acceso al servicio, reforzándose aún más cuando se trata de sujetos que merecen un especial amparo constitucional.”(…)*

Desde luego que la aplicación del principio de integralidad debe estar precedido de un diagnóstico médico que permita determinar o los servicios médicos o el tratamiento que se debe adelantar para garantizar de manera efectiva la salud.

De otro lado, en el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 se establece que la financiación de las EPS para atender a sus afiliados según los parámetros del POS se da a través de la unidad de pago por capitación o UPC, o en su defecto, si los procedimientos practicados a los usuarios no se encuentran incluidos en el POS deben ser pagados por el Ministerio de Salud hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES como administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-, y cuyo procedimiento se debe hacer conforme a las disposiciones de las resoluciones ya mencionadas.

En esa dirección y descendiendo al caso de autos, se tiene que el juez de primera instancia condenó a la demandada al pago de \$6.191.339.

Inconformes con esa decisión los apoderados de las partes demandante y demandada solicitaron la revocatoria parcial y total de la sentencia proferida por el a-quo, respectivamente.

En ese orden de ideas, lo primero que se analizará es la **excepción de prescripción**, que además es uno de los puntos objeto de apelación de la apoderada de la EPS Sanitas y al respecto es de anotar que las normas aplicables al presente caso son los artículos 488 y 489 del C.S. del T, en concordancia con el artículo 151 de CPT y SS.

Al punto, vale la pena señalar que el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicación 25000-23-24-000-2007-00099-01, reiterada el 31 de agosto de 2015, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

**«2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.**

*En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:*

*Art. 772<sup>1</sup>. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.*

*No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.*

*Art. 779<sup>2</sup>. Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.*

**Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.**

*Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.*

*En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:*

*“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:*

*El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las*

---

<sup>1</sup> Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

<sup>2</sup> Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5°. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

*Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.*

*El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.*

*No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.*

*De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.*

*Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.*

*Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.*

*La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.*

*Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.*

*En consecuencia, considera la Sala que, habiéndose emitido las facturas en*

los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria”.

Bajo ese panorama, revisadas las facturas de los recobros solicitados se determina que hay lugar a declarar **probada la excepción de prescripción** de los siguientes recobros:

N°	RADICADO
1	116038634
2	116038636
3	124046043
4	118627050
5	124043109
6	124043115
7	124043116
8	124043124
9	124043129
10	124043184
11	119550316
12	119550316
13	119550316
14	121072731
15	122014197
16	122014216

N°	RADICADO
17	124903241
18	117790153
19	124043139
20	124046220
21	124043653
22	124046019
23	124032355
24	124047151
25	118890910
26	118890910
27	118890910
28	125849395
29	125625120
30	118890441
31	122014202
32	124046792
33	121779143

Los recobros identificados con los números 14 a 16 y 28 a 32 son algunos de los que el juez de primera instancia declaró prescritos, decisión con la que coincide la Sala como quiera que de esas 33 facturas el servicio de salud más antiguo se prestó el 27 de octubre de 2011 y el más reciente el 11 de diciembre de 2015 y la acción judicial conforme al acta de reparto se presentó el día 11 de enero de 2019 (fl.78); los demás recobros de los dos cuadros anteriores además de no tener soporte para imponer alguna condena y aunque no fueron declarados prescritos por el juez de primera instancia, en virtud al grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de la ADRES se declaran prescritos por lo que se modificará el ordinal tercero de la sentencia objeto de estudio.

Ahora, los recobros que a continuación se señalarán, pese a que fueron declarados prescritos por el juez a quo, al revisar los cds obrantes a folios 49 a 59 del expediente se observa que la radicación de las MYT 01 y 02 se efectuó dentro de los tres años siguientes a la fecha de prestación del servicio, y la ratificación de las glosas luego de haberse presentado objeción a través de formato MYT 04 se resolvió dentro de los tres años siguientes a la fecha de prestación del servicio, además que *la demanda fue interpuesta dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia o de la radicación del MYT o la ratificación de la glosa*, es decir, en este punto le asiste razón a la apoderada de la EPS Sanitas en la medida que si debe tenerse en cuenta para efectos de la excepción de prescripción el momento en que se presentó la objeción y ratificación de la glosa, motivo por el que **no se encuentran prescritos los siguientes recobros** y por ello se analizará si procede o no su pago.

<b>RADICADO</b>	<b>FECHA PRESTACIÓN SERVICIO</b>	<b>FECHA RADICACIÓN MYT04</b>	<b>FECHA RAD. DEMANDA</b>
119326905	20/10/2015	20/10/2016	11/01/2019
119326905	22/10/2015	20/10/2016	11/01/2019
117119090	19/11/2015	22/08/2016	11/01/2019
117485297	28/10/2015	22/08/2016	11/01/2019
117532914	22/07/2015	22/08/2016	11/01/2019
117532919	30/07/2015	22/08/2016	11/01/2019
117533166	02/09/2015	22/08/2016	11/01/2019
117485300	20/12/2013	22/08/2016	11/01/2019
122066223	18/11/2015	16/02/2017	11/01/2019

Y para ello se tiene que al expediente se incorporó un disco compacto rotulado con el nombre de “apoyo técnico” y base de datos (fls.95 y 133), en el que se plasmó el detalle de las glosas presentadas a las facturas objeto de recobro, del que se extraen las causales de glosas que se mencionaron al inicio de las consideraciones y con el fin de establecer si procede cada una de ellas, conforme lo solicita en la apelación la demandante, se hará de la siguiente manera:

<b>ID GLOSA</b>	<b>DESCRIPCION GLOSA</b>
3201	La tecnología en salud autorizada u ordenada, prescrita, facturada y entregada se encuentra cubierta por el POS para la fecha de prestación del servicio.

<b>N°</b>	<b>RADICADO</b>	<b>VALOR</b>
-----------	-----------------	--------------

<b>1</b>	117219184	\$150.600
<b>2</b>	117222564	\$150.600
<b>3</b>	117224744	\$150.600
<b>4</b>	117225187	\$150.600
<b>5</b>	117227566	\$150.600
<b>6</b>	117227762	\$150.600
<b>7</b>	117229596	\$150.600
<b>8</b>	117232023	\$150.600
<b>9</b>	117394011	\$150.600
<b>10</b>	117394537	\$150.600
<b>11</b>	117395221	\$150.600
<b>12</b>	117411166	\$150.600
<b>13</b>	117586657	\$150.600
		<b>\$1.957.800</b>

Una vez revisadas las imágenes del cd obrante a folio 95 del expediente, se observa que los medicamentos, tecnologías y procedimientos autorizados en las doce facturas antes citadas tienen sustento en Actas de Comité Técnico Científico, lo que contrario a la glosa impuesta y tal y como lo explica el perito en el dictamen rendido, no forman parte del POS pues según las normas vigentes para la fecha de prestación de cada servicio que lo fue durante el año 2016, el medicamento “kivexa” no se encuentra dentro de los cubiertos y pagados por la UPC; según indicó el perito “El medicamento kivexa contiene dos principios activos abacavir más lamivudina, se usan para el tratamiento de la infección producida por el VIH: Ambos pertenecen a un grupo de medicamentos antiretrovirales denominados inhibidores de la transcriptasa inversa análogos de nucleósidos (INTIs). Abacavir y lamivudina son INTIs e inhibidores selectivos potentes de la replicación del VIH-1 y del VIH-2.”

Revisada la normatividad vigente para el momento, esto es, la resolución 5592 de 2015, el medicamento “kivexa” no se encuentra descrito en dicho acto administrativo para que pueda concluirse que forma parte del POS.

En esa dirección, **procede el pago** de los recobros antes señalados por encontrarse debidamente soportados y además, no incluidos en el POS.

<b>ID</b>	<b>DESCRIPCION GLOSA</b>
<b>GLOSA</b>	
3304	La tecnología en salud No POS no fue prescrita por el médico
3301	tratante del usuario

<b>N°</b>	<b>RADICADO</b>	<b>VALOR</b>
<b>14</b>	117229452	\$150.600
<b>15</b>	117394526	\$150.600
<b>16</b>	130183319	\$133.200
<b>17</b>	117533166	\$112.170
		<b>\$ 546.570</b>

Al consultar el soporte técnico, el cd de folio 133 y la documental aportada al expediente, se evidencia Acta de Comité Técnico Científico en la que se prescribe a los usuarios Eduardo Franco Martínez, Rodolfo Antonio Gómez de la Ossa, Alonso Cuadros Martínez y Carlos Hernán Sarmiento el medicamento “kivexa”, es decir, la glosa resulta infundada pues si existe soporte para otorgar el medicamento ya señalado, por manera que **procede su pago.**

En relación con los siguientes recobros pertenecientes a la anterior glosa, al verificar las pruebas documentales y el medio magnético aportado al expediente, se observa que tan sólo se aportó la orden o fórmula del médico que la prescribió, sin embargo, no se acredita la orden de tutela o el acta del Comité Técnico Científico que ordenó el servicio, medicamento, tecnología o insumo descrito en dichas fórmulas médicas, lo que impide ordenar el pago de los mismos debido a que la orden emitida a la ADRES debe provenir o tener como fuente de dichos servicios, los fallos de tutela emitidos por las autoridades judiciales o las actas que profieren los Comités Técnico Científicos porque los servicios no se encuentran incluidos en el POS.

<b>RADICADO</b>
117413991
117581114
117581155
117584622
117586237
117586614
117225996
117410467
117119090

Frente a los demás recobros de la misma glosa **no es posible ordenar el pago**, toda vez que al revisar los cd's aportados al expediente no reposan los fallos de tutelas o Actas del Comité Técnico Científico que permitan verificar si la glosa es fundada o no, esto es, si el servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro corresponde o no a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico-Científico, se reitera,

en estos no se aporta ni siquiera orden o prescripción médica, documentos que se reitera, por sí solos no tiene la virtud de acreditar la fuente del recobro.

ID GLOSA	DESCRIPCION GLOSA
3401 3406 3418 3419 3505 3506	El Acta de CTC o fallo de tutela no se aporta o no contiene la información requerida por la norma vigente.

N°	RADICADO	VALOR
<b>18</b>	126371430	\$7.740
<b>19</b>	121424002	\$35.580
<b>20</b>	117441822	\$32.325
<b>21</b>	121050082	\$36.300
<b>22</b>	126495378	\$8.400
<b>23</b>	119501082	\$7.650
<b>24</b>	127461379	\$36.540
<b>25</b>	127206312	\$15.600
<b>26</b>	133231095	\$27.960
		<b>\$ 208.095</b>

Examinado el material probatorio aportado, encuentra la Sala que reposa acta de Comité Técnico Científico y también los fallos de tutela que contienen el nombre del usuario, el número de cédula de ciudadanía, el procedimiento, medicamento o tecnología ordenada y la firma de la autoridad que emite tal decisión, es decir, se evidencia con claridad que los insumos ordenados en los anteriores recobros tienen pleno sustento y contienen la información requerida para que **proceda su pago.**

Ahora bien, señala la apoderada de la EPS Sanitas que para los recobros que no tienen soporte documental debe tenerse en cuenta lo señalado por el perito en el dictamen, empero ello sería así en el caso en el que con el dictamen se aportaran los fallos de tutela o Actas del Comité Técnico Científico a través de los cuales la Sala pudiera observar que efectivamente los insumos, procedimientos o tecnologías fueron debidamente autorizadas, pero ello, no ocurrió, si bien el perito señala que los medicamentos no forman parte del POS, resultaba necesario aportar los soportes documentales que permitieran corroborar si las glosas presentadas por la

accionada eran o no fundadas y el mismo perito manifestó en la declaración rendida ante el juez a quo que muchos recobros no contenían el acta del CTC, que por ello se habían guiado del apoyo técnico aportado para determinar si el medicamento prescrito formaba o no parte del POS, apoyo técnico que no contiene la documental requerida.

En este punto valga mencionar que las glosas presentadas en este caso no fueron únicas, sino combinadas, no todas fueron porque el medicamento no formaba parte del POS, recuérdese que unas fueron porque el acta del CTC no fue aportada, otras porque el medicamento no fue autorizada por el médico tratante, entre otras; motivo por el que en casos como este resulta indispensable que se aporte la fuente de lo que se está recobrando y como ello no ocurrió con la mayoría de los recobros, se absolverá a la accionada por este concepto.

Ahora, si bien es cierto el juez condenó por las facturas 133225093, 3195533, 133197596, 116981502, 116986027, 116989533, 116989957, 116990299, 116991216, 116992819, 116992887, 116993730, 116994976, 116995063, 116995095, 117586614, 117666019, 117666346, 124818091, 116995234, 117225996, 121062308, 121462880, 120648195 y 121050003, ningún soporte se encontró para condenar a su pago, por lo que debido a que se revisa la sentencia de primera instancia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, se absolverá por dichos recobros.

Así las cosas, pertinente resulta modificar la decisión de primera instancia, en el sentido de **condenar a la demandada al pago de DOS MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$2.712.465) correspondiente a 26 recobros**, toda vez que como se analizó, algunos de los recobros ordenados por el juez de primera instancia no deben ser pagados al no tener el soporte respectivo para tener certeza si la glosa es fundada o no.

No se analizaron las demás glosas impuestas por la accionada como lo solicita la EPS en el recurso, en virtud a que la exposición del perito no es suficiente prueba en la medida en que era menester aportar el fallo de tutela o Acta de CTC para determinar si la glosa resultaba o no fundada, por considerar que son la causa del servicio prestado, por lo que sólo se analizaron las que tenían su debido soporte.

Respecto del punto de apelación de la ADRES que hace referencia a la no procedencia de los **intereses moratorios**, es de anotar que si bien se encuentran consagrados en el Decreto 1281 de 2002, en concordancia con

el Decreto 019 de 2012, también lo es que no se puede desconocer el texto de la Ley 1955 de 2019 por medio de la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, consagra en el parágrafo 5 del artículo 237 que las decisiones judiciales que ordenen el pago de recobros distintos, se indexaran sin lugar a intereses de mora.

En ese orden de ideas, se considera que al tratarse de recobros por servicios no financiados con la UPC hay lugar a aplicar dicha norma, y en consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a la demandada del reconocimiento de intereses moratorios y, en consecuencia, ordenar el pago indexado de los 26 ítems que serán objeto de condena, tomando para ese efecto, como IPC inicial el del mes en que se prestó tal servicio y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago.

<b>N°</b>	<b>RADICADO</b>	<b>PRESTACIÓN SERVICIO</b>	<b>RADICACIÓN FACTURA</b>
<b>1</b>	117229452	06/02/2016	12/02/2016
<b>2</b>	117394526	10/02/2016	19/02/2016
<b>3</b>	117219184	30/01/2016	12/02/2016
<b>4</b>	117222564	25/01/2016	12/02/2016
<b>5</b>	117224744	29/01/2016	12/02/2016
<b>6</b>	117225187	01/02/2016	12/02/2016
<b>7</b>	117227566	25/01/2016	12/02/2016
<b>8</b>	117227762	30/01/2016	12/02/2016
<b>9</b>	117229596	05/02/2016	12/02/2016
<b>10</b>	117232023	28/01/2016	12/02/2016
<b>11</b>	117394011	13/02/2016	19/02/2016
<b>12</b>	117394537	13/02/2016	19/02/2016
<b>13</b>	117395221	12/02/2016	19/02/2016
<b>14</b>	117411166	12/02/2016	19/02/2016
<b>15</b>	117586657	16/02/2016	26/02/2016
<b>16</b>	126371430	27/05/2016	10/03/2016
<b>17</b>	126495378	09/12/2016	30/12/2016
<b>18</b>	127206312	15/12/2016	30/12/2016
<b>19</b>	127461379	13/01/2017	27/01/2017
<b>20</b>	130183319	18/04/2017	12/05/2016
<b>21</b>	133231095	11/11/2016	30/11/2016
<b>22</b>	117533166	02/09/2015	11/09/2015
<b>23</b>	121050082	08/06/2016	27/06/2016
<b>24</b>	121424002	04/02/2016	01/03/2016

<b>25</b>	119501082	09/04/2016	22/04/2016
<b>26</b>	117441822	22/01/2016	17/02/2016

Por último y con relación a los **gastos de administración**, aspecto apelado por la demandante, se tiene que la EPS demandante solicitó se condenara al pago de gastos de administración inherentes a la gestión y al manejo de las prestaciones excluidas del POS objeto de demanda efectivamente suministrados a los usuarios, monto que equivale al 10% del valor de las mismas.

Al respecto se tiene que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no contempla dicha figura para resarcir los daños que se hubiesen podido generar en los trámites realizados por la EPS y que hubieren generado posterior recobro al FOSYGA por diferentes situaciones, en este caso, por reclamaciones no incluidas en el POS.

Aunado a ello, Recuérdese que el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011 “*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*”, señaló: “*El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gastos de administración de las EPS, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las EPS que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.*”

Por su parte, la sentencia C262 de 2013 dispuso que “*...la UPC tiene dos grandes componentes: (i) el gasto en salud, que comprende el gasto destinado a la prestación de servicios de salud, y (ii) el gasto administrativo asociado al costo de la salud, el cual cobija los gastos administrativos y los excedentes...*”, es decir, ese porcentaje de gastos de administración se establece sobre la UPC y se paga con la misma, lo incluye y en este asunto como se ha venido señalando, los servicios cobrados no se encuentran incluido en el POS y por tanto no los cubre la UPC y por sustracción de materia tampoco a los gastos pedidos.

En ese orden de ideas, se modificará la sentencia de primera instancia.

**COSTAS:** SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO** de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2021 por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de ordenar el pago de **DOS MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL CUATROSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS (\$2.712.465)** correspondiente a 26 recobros:

<b>N°</b>	<b>RADICADO</b>	<b>VALOR</b>
<b>1</b>	117219184	\$150.600
<b>2</b>	117222564	\$150.600
<b>3</b>	117224744	\$150.600
<b>4</b>	117225187	\$150.600
<b>5</b>	117227566	\$150.600
<b>6</b>	117227762	\$150.600
<b>7</b>	117229596	\$150.600
<b>8</b>	117232023	\$150.600
<b>9</b>	117394011	\$150.600
<b>10</b>	117394537	\$150.600
<b>11</b>	117395221	\$150.600
<b>12</b>	117411166	\$150.600
<b>13</b>	117586657	\$150.600
<b>14</b>	117229452	\$150.600
<b>15</b>	117394526	\$150.600
<b>16</b>	130183319	\$133.200
<b>17</b>	117533166	\$112.170
<b>18</b>	126371430	\$7.740
<b>19</b>	121424002	\$35.580
<b>20</b>	117441822	\$32.325
<b>21</b>	121050082	\$36.300
<b>22</b>	126495378	\$8.400
<b>23</b>	119501082	\$7.650
<b>24</b>	127461379	\$36.540
<b>25</b>	127206312	\$15.600
<b>26</b>	133231095	\$27.960
		<b>\$ 2.712.465</b>

**SEGUNDO: REVOCAR el numeral SEGUNDO** de la sentencia apelada, por las razones expuestas, y en su lugar, condenar a la ADRES a reconocer y pagar el valor de los 26 recobros discriminados en el numeral primero de esta providencia, de manera indexada, tomando para ese efecto, como IPC inicial el del mes en que se prestó tal servicio y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago.

**TERCERO: MODIFICAR el numeral TERCERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción de los siguientes recobros:

N°	RADICADO
1	116038634
2	116038636
3	124046043
4	118627050
5	124043109
6	124043115
7	124043116
8	124043124
9	124043129
10	124043184
11	119550316
12	119550316
13	119550316
14	121072731
15	122014197
16	122014216

N°	RADICADO
17	124903241
18	117790153
19	124043139
20	124046220
21	124043653
22	124046019
23	124032355
24	124047151
25	118890910
26	118890910
27	118890910
28	125849395
29	125625120
30	118890441
31	122014202
32	124046792
33	121779143

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado



**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

DEMANDANTE: LUIS ALONSO RANGEL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2020 00316 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

**SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 09 de diciembre de 2021, por el Juzgado treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

**ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende que se **compute** todos los tiempos de servicio cotizados con las siguientes empresas; EDUARDO ORTIZ, hoy en día EXIPLAST S.A.S con un total de 104 semanas; con PLASTICRON LTDA con un total de 41.71 semanas; con PROMOPARTES, 52 semanas, con empresa AREVALO MORENO MAKNU, 10 semanas, y, finalmente, con RODRIGUEZ CARDENAS MIGUEL, 15 semanas; dando así un total de 221.71 semanas de cotizaciones, las cuales fueron solicitadas en corrección de historia laboral, ya que estas aparecen como descontadas de la columna de la historia laboral del demandante. En consecuencia, se ordene a Colpensiones corregir y registrar debidamente las semanas solicitadas en la historia laboral; se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, el retroactivo pensional, la indexación de las mesadas, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Sustentó las pretensiones en que nació el 13 de abril de 1954, solicitó la pensión de vejez a COLPENSIONES, el 26 de abril de 2019; la entidad le negó el reconocimiento de la pensión de vejez, al considerar que cumple con el requisito de edad, pero no el de semanas cotizadas; en la historia laboral falta por incluir periodos de tiempos laborados con los empleadores EDUARDO ORTIZ hoy día EXIPLAST SAS, RODRIGUEZ CARDENAS MIGUEL, AREVALO MORENO MAKNU y PLASTICROM LTDA, PROMOPARTES LTDA; solicitó la corrección de la historia laboral por los periodos cotizados con los empleadores anteriores; es beneficiario del régimen de transición y cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de la pensión de vejez.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, por cuanto la parte actora no cumple los requisitos de la ley para el reconocimiento de la pensión, aunado a que no cuenta con afiliación o tiempos en mora o documentos que soporten el vínculo laboral con las empresas señaladas en los hechos y pretensiones de la demanda.

Presentó las excepciones de mérito de inexistencia del derecho reclamado, falta de legitimación en la causa, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, e innominada o genérica. (archivo 06 CONTESTACION COLPENSIONES pdf).

### **DECISIÓN DE LA PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia de 9 de diciembre de 2021, el Juzgado treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones, declaró PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación e imposibilidad para cumplir las obligaciones pretendidas, Advirtió a COLPENSIONES que en caso de que el demandante llegase a reunir los requisitos para otra prestación los periodos en mora con los empleadores RODRIGUEZ CARDENAS MIGUEL desde el 1 de abril de 1982 hasta el 12 de julio de 1982 y AREVALO MORENO MAKNU desde el 20 de septiembre de 1982 hasta el 25 de noviembre de 1982 deberán ser incluidos en la historia laboral como efectivamente cotizados; no condenó en costas.

### **RECURSO DE APELACION**

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente indicando que el demandante efectivamente si laboró en estas empresas, por lo que se deben incluir en la historia laboral los periodos relacionados en la demanda, con los cuales el demandante cumple con los requisitos para ser beneficiario de la pensión de vejez.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de la parte demandante y demandada presentaron alegatos de conclusión.

### **PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER**

Determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición y si logra acreditar relaciones laborales con los empleadores que el demandante indica en el libelo de la demanda.

### **CONSIDERACIONES**

#### **Elementos de prueba relevantes**

- A folio 8, copia de la cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento del actor que da cuenta que nació el 13 de abril de 1954.
- A folio 16-17 prestaciones económicas
- A folios 14-15, Resolución 149567 de 11 de junio de 2019 mediante la cual niega el reconocimiento y pago de pensión de vejez
- A folios 18-20, recurso de reposición en subsidio de apelación contra la Resolución 149567 de 11 de junio de 2019.
- A folios 21-23, Resolución 217684 de 14 de agosto de 2019 mediante la cual se confirma la Resolución 149567 de 11 de junio de 2019.
- A folio 24- 27, obra resolución DPE 9607 de 11 de septiembre de 2019, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación.
- A folio 28-33 derecho de petición elevado por el actor a COLPENSIONES con sus respectivos anexos
- A folio 34-35, respuesta a derecho de petición
- A folios 37 a 41, modelo de posibilidad emitido el 13 de noviembre de 2018.
- A folio 43-46, solicitud de corrección de historia laboral.
- A folio 48, respuesta negativa a derecho de petición de EXIPLAST.
- A folio 47, fotocopia de carnet de afiliación seguros sociales expedidos el 14 de abril de 1975.

- A folio 49-50, solicitud de corrección historia laboral.
- a folio 51-54, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.
- Expediente administrativo.

### **Caso concreto**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto, régimen que fue limitado por el acto legislativo 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010 y, excepcionalmente, hasta el año 2014 para las personas que tuvieran a la entrada en vigencia de dicho acto legislativo 750 semanas cotizadas.

Revisadas las pruebas respecto del marco normativo anterior, se observa que el gestor al 1° de abril de 1994 no contaba con 40 años de edad, porque nació el 13 de abril de 1954, pero si registra más de 15 años de cotizaciones antes de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que para esa data le era aplicable el Acuerdo 049 de 1990, régimen de transición que le es aplicable hasta el año 2014 ya que contaba con más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Revisada la cédula de ciudadanía del actor, se aprecia que arribó a los 60 años de edad el 13 de abril de 2014, no obstante, no se observa cumplido el requisito de densidad de semanas consagrado en el acuerdo 049 de 1990, esto es, el de 500 semanas dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida o de 1000 semanas en cualquier tiempo, ya que para el 31 de diciembre de 2014 cuenta con 838,91 semanas cotizadas, y 0 semanas dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de edad mínima.

Alega el actor que la entidad demandada no tuvo en cuenta los periodos laborados en las siguientes empresas y por ello acredita el requisito de semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990.

- Enero de 1971 a diciembre de 1972, EXIPLAST S.A
- 1 de Septiembre de 1981 a 31 de enero de 1983, PLASTICROM LTDA.
- 1 de Abril a 12 de Julio de 1982, RODRIGUEZ CARDENAS M
- Enero a Diciembre de 1987, PROMOPARTES LTDA
- 20 de Septiembre a 25 de noviembre de 1982, AREVALO MORENO MAKNU

Revisados los elementos de prueba se verifica que el periodo comprendido entre enero de 1971 y diciembre de 1972 laborado presuntamente con la empresa EXIPLAST carece de acreditación, en la medida en que no se aportó documento u otro elemento de prueba que permita acreditar que el actor prestó el servicio y causó la cotización, que diera lugar a que el empleador cotizara, aunado a que no se acredita mora por el empleador.

La jurisprudencia ha sido reiterativa en señalar que la mora patronal no da lugar a negar el derecho a la pensión al trabajador, pero la misma debe estar acreditada aunado a que el trabajador le corresponde demostrar la prestación del servicio, como se puede deducir del contenido de la sentencia SL 1355 de 2019 con radicación 73683 emitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras:

**"MORA PATRONAL"** es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria. Dicho de otro modo: la mora del empleador debe tener sustento en una relación de trabajo real.

Respecto de los demás periodos señalados, se encuentra que el actor laboró para las diferentes empresas de manera simultánea lo que no genera un aumento en el número de semanas cotizadas, como también lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, nótese que los periodos extrañados de los empleadores RODRIGUEZ CARDENAS MIGUEL Y AREVALO MORENO MAKNU es simultáneo con el periodo laborado con el empleador PLASTICROM LTDA., lo cual se deduce del reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES.

Respecto del argumento que no se cotizó el año 1987, se puede observar en la historia laboral que el empleador PROMOPARTES registró la novedad de retiro el 31 de diciembre de 1986 y otra novedad de ingreso el 1 de enero de 1988, por lo que al no existir prueba de la prestación del servicio durante la vigencia del año 1987 ni de mora por parte del empleador no hay lugar a contabilizar ese año como cotizado.

En ese orden de ideas, se verifica que el actor no cumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 167 del Código de General del Proceso que señala:

**ARTÍCULO 167 CARGA DE LA PRUEBA.** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Dadas las anteriores consideraciones, se encuentra que el actor no cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 antes del 31 de diciembre de 2014 y, en consecuencia, hay lugar a desestimar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, se dirá que el promotor de la acción tampoco cumple los requisitos previstos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en tanto solo acredita un total de 993.14 semanas, siendo necesario un total de 1300 dado que su última cotización se registra para el año 2018.

En conclusión, el demandante no cumple los requisitos de densidad de semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión de vejez y ya no es beneficiario del régimen de transición, por lo que se **confirmará** la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **PROCESO ORDINARIO LABORAL**

DEMANDANTE: LUDYS DEL CARMEN LUNA BERNAL

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 027 2019 00463 01

**MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

## **SENTENCIA**

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL contra la sentencia proferida el 09 de febrero de 2022 por el Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá. Además de surtir el grado jurisdiccional de consulta.

## **ANTECEDENTES**

La parte demandante pretende se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor VICTOR MANUEL MARTINEZ AMAYA (q.e.p.d.), se condene al reconocimiento y pago de la pensión debidamente indexada, intereses moratorios y las costas. (fl 5-6)

Como sustento de sus pretensiones señaló que el señor MARTÍNEZ AMAYA VICTOR MANUEL (q.e.p.d.) falleció el 4 de febrero de 2016 en la ciudad de Bogotá, quien al momento de su muerte laboraba como interno en el cargo de oficios varios y mantenimiento en el EDIFICIO MEDINA SALAZAR ubicado en la Carrera 18 No 86 A 85; agregó que conoció a su compañero permanente en abril de 1992, con quien inició una convivencia estable y permanente desde el 10 de octubre de 2002 y hasta la fecha del fallecimiento

de aquél; pese a que en la sentencia de Unión Marital de Hecho se estableció otro periodo; añadió que el día 02 de octubre de 2018 el Juzgado Segundo de Familia de Bogotá D.C. profirió sentencia judicial mediante la cual se reconoció y declaró la existencia de la Unión Marital de Hecho entre la pareja desde el 01 de enero de 2010 hasta el 04 de febrero de 2016; señaló que dependía económicamente del afiliado en razón a que debía dedicarse a los cuidados de su hijo JUAN ESTEBAN LOZANO LUNA, quien padece de una enfermedad huérfana denominada Síndrome del Renpenning; afirmó que el 4 de marzo de 2016 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, quien mediante resolución GNR 105090 negó la prestación con sustento en que no acreditó la convivencia exigida, sumado a que los hijos del causante manifestaron que su padre no tenía relación de convivencia con ninguna persona; que contra esa decisión interpuso los recursos de ley mismos que fueron resueltos negativamente, mediante resoluciones GNR 229753 del 4 de agosto de 2016 y VPB 35224 del 08 de septiembre de 2016; finalmente, precisó que el día 28 de noviembre de 2018 radicó nueva solicitud, anexando para ese efecto, la sentencia que declaró la Unión Marital de Hecho con su compañero, sin embargo, Colpensiones a través de la resolución SUB 326597 negó la prestación, decisión que fue confirmada por medio de las resoluciones SUB 87106 del 10 de abril de 2019 y DPE 3225 del 17 de mayo de 2019.

COLPENSIONES contestó la demanda, con oposición a las pretensiones tanto declarativas como condenatorias incoadas en su contra con sustento en que la demandante no reúne los requisitos mínimos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada, si se tiene en cuenta que no acreditó el requisito de la convivencia durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento de la causante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó como inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni la indemnización moratoria, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fs. 105-116 del expediente digital)

### **DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de febrero de 2022, absolvió a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda; declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho

reclamado y cobro de lo no debido; condenó en costas a la demandante y fijó como agencias en derecho la suma de \$800.000

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante solicitó la revocatoria de la sentencia al considerar que la compañera permanente supérstite del afiliado acreditó el tiempo mínimo de convivencia para acceder a la pensión de sobrevivientes.

### **ALEGACIONES**

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones finales.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si la compañera permanente del causante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

### **Elementos de prueba relevantes**

- A folio 10, registro civil de defunción de VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ AMAYA (q.e.p.d) 4 de febrero 2016.
- A folio 13-22, Reporte de semanas cotizadas del señor VICTOR MANUEL MARTINEZ AMAYA (Q.E.P.D.)
- A folio 25-26, Consulta de SISBEN Consulta de puntaje SISBEN, realizada el seis (6) de noviembre de 2016
- A folio 29-35, Resolución de Colpensiones GNR 105090 de 14 de abril de 2016.
- A folio 36-44, Resolución de Colpensiones VPB 35224 de 8 de septiembre de 2016.
- A folio 45-51, Resolución de Colpensiones SUB 326597 de 19 de diciembre de 2018.
- A folio 52-59, Resolución de Colpensiones SUB 87106 de 10 de abril de 2019.
- A folio 60 a 68, Resolución de Colpensiones DPE 3225 de 17 de mayo de 2019
- Interrogatorio de LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL
- Testimonio de ERNESTO MARTINEZ AMAYA
- Testimonio de LAURA CAROLINA LOZANO LUNA
- A folio 85-91, Material fotográfico
- A folio 78-80, Sentencia judicial del Juzgado Segundo de Familia de Bogotá

- A folio 81-84, Certificado de tradición y libertad de casa ubicada en Girardot, con matrícula inmobiliaria 307-60213
- A folio 69-73, Certificado de tradición y libertad del inmueble apartamento 102 de la torre 2 que hace parte del Conjunto Residencial Quintas del Portal Etapa 4, propiedad horizontal, localizado en la calle 67C SUR 1C-23 Este de la Ciudad de BOGOTÁ según matrícula inmobiliaria 50S-40582849,
- A folio 93, expediente administrativo GEN-COM-CO-2019\_5147682-20190422075031 informe de investigación
- A folio expediente administrativo GEN-REQ-IN-2019\_210549-20190404074214 informe de investigación
- A folio expediente administrativo GEN-REQ-IN-2019\_210549-20190404092848

### **Caso concreto:**

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446, y como en el caso bajo examen el afiliado falleció el 4 de febrero de 2016, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

En el presente caso no es objeto de discusión que el señor VICTOR MANUEL MARTINEZ AMAYA se encontraba afiliado al régimen de prima media al momento de su deceso el 4 de febrero del año 2016.

El apoderado de la parte demandante solicita la revocatoria de la sentencia en cuanto considera que la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL pudo acreditar los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

En esa medida, la controversia se circunscribe a determinar si la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL en calidad de compañera permanente tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes

Así las cosas, como pruebas relevantes se recaudaron las siguientes:

Interrogatorio de parte de la señora *LUDYS DEL CARMEN*, quien señaló, en síntesis, que tuvo una relación con el señor Víctor Manuel más o menos en el año 1992 pero se reencontraron en él año 2002 y empezaron nuevamente una convivencia en lugar de trabajo de el, porque ella para esa época pagaba arriendo en el barrio La Victoria, y él vivía en el lugar de trabajo en el edificio

Medina Salazar ejerciendo la labor de oficios varios y conserjería, ella trabajaba también en oficios varios muy cerca donde él trabajaba, que ellos convivían en un apartamento en el barrio La Victoria.

Después de un tiempo, compraron un apartamento en la localidad de Usme, comenta que convivía con él en el apartamento de Usme solo fines de semana y, que el resto de tiempo convivía en el apartamento donde trabajaba el Sr. Medina q.e.p.d.

También indicó que le colaboraba mucho en los oficios y demás labores que tenía el señor VÍCTOR en el edificio donde él laboraba. Aunado a ello, la señora LUNA manifiesta que el señor Víctor Amaya solo trabajaba de lunes a viernes, posteriormente, señaló que el señor laboraba los sábados hasta medio día y que ella lo reemplazaban los fines de semana.

Adicionalmente, expuso que construyeron una casa en Girardot y que cuando el señor VÍCTOR MARTINEZ descansaba se iban para allá. De igual manera comenta que la persona que le informó de la muerte del señor VÍCTOR fue el hermano, el señor ERNESTO, y que ella para esa fecha se había quedado en el apartamento de Usme porque iba a trabajar y tenía una cita médica.

Informó que tuvo un hijo con el afiliado en el año 1994, pero que el señor Víctor no lo reconoció como hijo, Posteriormente, señaló que inició la convivencia en el año 2004.

Se recibió el testimonio del SEÑOR *ERNESTO MARTÍNEZ AMAYA* quien, en síntesis, indicó que es hermano del causante, que él trabajaba como mensajero del edificio donde laboraba su hermano además que conoce a la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL más o menos desde 1994, posteriormente, indicó que en el año 2002 la relación entre la “cuñada” y el hermano fue más cercana, tuvo conocimiento de la relación porque el hermano le comentaba, y fue más cercana cuando la jefe del señor VICTOR MANUEL le dio trabajo como mensajero, indicó que la pareja tenía un hijo que el hermano no había reconocido, pero que ellos trataban al niño como sobrino y que antes de eso él solo conocía de la relación de su hermano, por lo que el hermano le contaba por teléfono, y que además apenas él entró a trabajar en el edificio donde laboraba su hermano fue ahí donde él le comentó que se organizó con la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL.

Informó que el señor Víctor vivía en el edificio donde trabajaba, que a veces el testigo se quedaba en ese apartamento y cuando iba la señora LUDYS con sus hijos se iba para donde otro hermano a quedarse. Informó que fue en

una oportunidad al apartamento en la Victoria y como tres veces al apartamento que quedaba en Usme, comentó también que entre el señor VÍCTOR MANUEL y la señora LUDYS DEL CARMEN construyeron una casa en Girardot. Igualmente, expuso que su hermano solo trabajaba de lunes a viernes y descansaba los fines de semana y algunos lunes festivos y, que él le hacía los descansos para que su hermano se fuera para el apartamento de Usme o para la casa en Girardot. Manifestó que fue muy pocas veces tanto al apartamento de Usme como a la casa que ellos tenían en Girardot.

Comentó, además, que cuando se le hacía tarde en su lugar de trabajo se quedaba en una habitación en el edificio Medina Salazar en la que vivía su hermano y que eso ocurría muy a menudo, solo no se quedaba en dicha pieza cuando iba a quedarse la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL con sus hijos, indicó que su hermano (Víctor Manuel) se encontraba viviendo en el edificio Medina Salazar en la fecha del fallecimiento y que para el momento de la muerte a la primera persona que le avisaron fue a él y, que desconoce porque no le avisaron primero a la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL.

Se recibió el testimonio de la señorita LAURA CAROLINA quien en indicó ser hija de la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL. Comentó que la relación entre la demandante y el afiliado inició en el año 2002, después señaló que lo recuerda desde el 2004, fecha en que tenía cuatro años, señaló que su progenitora estuvo en contacto con el señor VÍCTOR MANUEL hasta el momento en que él falleció en el año 2016. Indicó que para la fecha en que falleció el señor Víctor Manuel, tenía 16 años de edad, narró que él se encontraba corriendo, salía todos los días a hacer ejercicio. Afirmó que al momento del fallecimiento del señor VÍCTOR MANUEL vivía en su lugar de trabajo, mientras que la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL vivía en el portal Usme en un conjunto residencial (Quintas del Portal 4) donde vivían con ella y su hermano.

Al momento de preguntarle si la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL y el señor VÍCTOR MANUEL vivieron juntos, ella expuso “ pues como tal exactamente no vivieron juntos como le digo por su trabajo él permanecía allá todos los días y el los fines de semana era que nosotros íbamos allá a quedarnos con él o irnos a pasear”, además, indicó que solo se iba a quedar con él los fines de semana con él, que ellos entre semana casi no se quedaban porque tanto ella como el hermano estudiaban y la señora LUNA trabajaba, por esa misma razón no era muy a menudo que ellos se quedaran en el lugar donde trabajaba el señor VÍCTOR MANUEL.

De lo expuesto en precedencia, se advierte una serie de contradicciones entre la exposición de la demandante y los testigos, en la medida que la

demandante no indicó con fecha precisa el periodo de la convivencia, primero dijo que conoció al afiliado en el año 1992 y que la convivencia inició en el año 2002; posteriormente, señaló que la convivencia inició en el año 2004; respecto del sitio de convivencia, manifestó que se dio en el lugar de trabajo del afiliado y en el apartamento que adquirieron en Usme, no obstante, para la fecha de fallecimiento la pareja no se encontraba compartiendo techo, ya que el actor residía en el sitio de trabajo; indicó que el afiliado laboraba de lunes a viernes, posteriormente, señaló que laboraba medio día los sábados, y algo relevante es que indicó que ella lo reemplaza los fines de semana en el trabajo.

Los testimonios no permiten generar certeza sobre la convivencia de la pareja para la fecha del fallecimiento, dado que el hermano señaló que el afiliado residía en el sitio de trabajo, lo mismo informó la demandante y la hija; aunado a que a la primera persona que llamaron para avisar sobre la muerte fue al hermano y no a la demandante, adicionalmente, de lo expuesto por la hija, se deduce que la pareja no compartía el mismo techo.

La investigación administrativa tampoco permite evidenciar la convivencia de la pareja al momento del fallecimiento, en la medida en que en el conjunto donde vivía la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL se logró entrevistar a la señora MARÍA RODRÍGUEZ GÓMEZ Y LUZ ERMENCIA CASTILLO CORTÉS quienes indicaron “los señores Martínez - Luna compartían solo los fines de semana”, se entrevistó, asimismo, las señoras LIZET LEAL ACOSTA y LILIANA MENDOZA vecinas del apartamento que está ubicado en la localidad Usme donde residía la demandante la señor LIZET indicó “que ella desconocía si la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL vivía o no con el señor VICTOR MANUEL MARTÍNEZ AMAYA pues siempre la veía con sus hijos”, y la señora LILIANA indicó “que desde hace 5 años vivía en el edificio y no conocía al señor VÍCTOR MANUEL pero si a la demandante y a sus hijos”.

En ese orden de ideas, de los documentos, del testimonio de la hija de la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL cuando señaló: (...) *que al momento del fallecimiento del señor VÍCTOR MANUEL vivía en su lugar de trabajo y que su mama vivía en el conjunto residencial quintas del portal 4 solo con su hermano y con ella*, de las inconsistencias del interrogatorio de parte de la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL y del testimonio de Ernesto Martínez Amaya, se puede colegir que en el presente caso no se acredita en el expediente el requisito de convivencia exigido por la Ley 797 de 2003 para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

Si bien no se desconoce que la señora LUDYS DEL CARMEN en virtud de una conciliación realizada con los hijos del afiliado obtuvo una sentencia de

unión marital durante el periodo comprendido entre 1 de enero de 2010 hasta el 4 de febrero de 2016, no se puede desconocer que la misma se dio con el objeto de definir el conflicto sobre los bienes que había adquirido el afiliado y no porque se haya demostrado en ese proceso la efectiva convivencia en la fecha del fallecimiento del afiliado.

En conclusión, se considera que la decisión de primera instancia debe confirmarse, en razón a que la señora LUDYS DEL CARMEN LUNA BERTEL no acreditó los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para acceder a la pensión de sobrevivientes.

COSTAS no se impondrán al no hallarse acreditadas.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida 9 de febrero del 2022 por el juzgado veintisiete (27) laboral del circuito de Bogotá por las razones expuestas.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**  
Magistrada  
Salvamento voto

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

## **SALVAMENTO DE VOTO**

**Magistrada ponente: Ángela Lucía Murillo Varón**

**RADICACIÓN No: 11001 31 05 027 2019 00463 01 de LUDYS  
DEL CARMEN LUNA BERNAL CONTRA COLPENSIONES**

Con el respeto de siempre por las decisiones mayoritarias, en esta ocasión me aparto de lo resuelto pues, a mi juicio, la sentencia apelada ha debido revocarse para, en su lugar, reconocer el derecho prendido. Enseguida expongo mis razones.

Conforme a la doctrina de la Sala de Casación Laboral, reiterada en la sentencia CSJ SL5270-2021, para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes de la Ley 797 de 2003, en calidad de cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite del afiliado que fallezca, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, pues con la simple acreditación de la aludida condición, y la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se cumple el supuesto del literal a) de la citada norma.

A mi juicio, en el caso bajo estudio, la calidad invocada por la actora se demostró con el acopio probatorio, en especial, con la prueba testimonial, y no se desacredita por el hecho de que la demandante, como lo destaca el fallo del cual me aparto, no hubiera indicado con precisión la fecha en que inició la convivencia, menos con lo que en el fallo se catalogó como relevante, que en el interrogatorio de parte Ludys del Carmen Luna hubiera indicado, en un primer momento, que su compañero laboraba de lunes a viernes, y luego, de lunes a sábado, tampoco con que hubiera afirmado que lo remplazaba los fines de semana, pues no aseveró que fueran todos.

El testigo Ernesto Martínez Amaya, dio cuenta de la convivencia de la pareja, incluso informó que construyeron una casa en Girardot, y que su hermano trabajaba de lunes a viernes y descansaba los fines de semana, y algunos festivos; que él le hacía los descansos para que el afiliado se fuera para el apartamento de *«Usme o para la casa en Girardot»*.

Se insistió en que el afiliado y la demandante no convivían al momento del deceso, empero se dejó de lado que tanto la última como su hija y el deponente Martínez Amaya explicaron que esa separación transitoria obedecía a que el afiliado debía pernoctar en su lugar de trabajo; no empece, también dijeron que la pareja se reencontraba los

fines de semana. Sobre el punto, en la sentencia CSJ SL803-2002, la Sala de Casación Laboral recordó:

Y es que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio (CSJ SL 3813-2020).

Tal precedente no fue tomado en consideración en el presente asunto.

En los anteriores términos dejo sentados los motivos de mi disenso.

  
**LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO**

Magistrada