

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00887 -01  
Demandante: **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA.**  
Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA** promoviese en contra de **MEDIMÁS E.P.S. y CAFESALUD E.P.S.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el pago de \$8'840.983 por concepto de gastos en que incurrió en la atención de urgencias suministrada por I.P.S. Clínica del Campestre.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Como consecuencia de una caída que tuvo, y que afectó su hombro derecho, el 30 de mayo de 2017 asistió a cita médica ante la I.P.S. que le autorizó CAFESALUD E.P.S., en donde se determinó que presentaba una ruptura total del tendón del músculo del hombro derecho; **2)** Fue remitida a ortopedia del Hospital San Rafael de Itagüí, en donde le dijeron que no había agenda, que volviera el 20 de junio de 2017; **3)** Fue a la central de operaciones, pero le dijeron que CAFESALUD E.P.S. estaba en venta y que debía esperar a que se normalizara todo; **4)** Ante la situación tal incapacitante que se encontraba, acudió a la I.P.S. Clínica del Campestre, donde le realizaron la cirugía y está asistiendo a sesiones de terapias; y **5)** El 05 de julio de 2017 solicitó el reconocimiento del costo incurrido por atención de urgencias pero le fue negada tal solicitud, en consideración a la falta de autorización para requerir tal servicio.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

**MEDIMÁS E.P.S.** (medio óptico de folio 36) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que los hechos narrados por la actora involucran únicamente a CAFESALUD E.P.S., quien ejerció la función de aseguramiento hasta el 31 de julio de 2017; y que es una persona jurídica diferente a MEDIMÁS E.P.S., que no asumió las responsabilidades económicas a cargo de CAFESALUD E.P.S., su papel fue únicamente velar por el aseguramiento de los afiliados de CAFESALUD E.P.S., a partir del 01 de agosto de 2017.

**CAFESALUD E.P.S.** (medio óptico de folio 36), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó ausencia del cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso, y la genérica.

Demandante: **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Señaló que el servicio solicitado por la demandante se negó, como quiera que sólo hay lugar al pago de una urgencia, cuando la E.P.S. incurre en incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud; que está acreditado que la actora ingresó a la I.P.S. el 01 de junio de 2017 con sus signos vitales totalmente controlados, y los exámenes se realizaron de manera posterior, por lo que, no se estaba frente a una urgencia vital; que para que haya lugar al reembolso es necesario que la E.P.S. hubiera autorizado el servicio, no obstante, tal situación no acaeció; y que el deber de la asignación de citas recae directamente en la E.P.S. y no en la I.P.S.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 26 de octubre de 2020, en la que accedió a las pretensiones de la demanda, condenando en consecuencia a CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN reconocer y pagar a favor de la actora, la suma de \$8'480.983, y desvinculó a MEDIMÁS EPS del proceso (fls. 53 a 61):

En síntesis, refirió que los principios que guían la prestación del servicio de salud son los de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; que al haber ocurrido el siniestro antes del 01 de agosto de 2017, la obligación de cobertura estaba en cabeza de CAFESALUD E.P.S.; que el hecho de expedir una autorización no exime a la E.P.S. de la responsabilidad de garantizar la realización efectiva del procedimiento que se autoriza, por lo que, al no llevarse a cabo tal servicio, se vulneraron los principios de oportunidad, continuidad e integralidad en la atención en salud; y que los gastos demostrados es la suma de \$8'480.983, por lo que, se debe reembolsar tal rubro.

#### **IV. APELACIÓN**

**CAFESALUD E.P.S.** adujo que para que proceda el pago de un reembolso médico se deben presentar los siguientes presupuestos: que el servicio brindado por la I.P.S. no adscrita a la red de prestadora de la E.P.S., se trate de una atención de urgencias, que el servicio prestado haya sido autorizado por la E.P.S., y que haya existido por parte de la E.P.S., incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud; que el servicio tenía que ser urgente, y no prioritario; que la E.P.S. tenía una red de prestadores que garantizada el suministro y la prestación de los diferentes servicios de salud requeridos para el tratamiento de la patología del afiliado, de modo que cuando acude a una institución o a un médico particular, los costos generados deben ser asumidos de su propio peculio; que la actora no se encontraba en una urgencia vital, no existió autorización para el procedimiento de parte de la E.P.S., y que no hay soportes de que se negó a prestar el servicio de salud, no siendo deber de la E.P.S. la asignación de citas; que no se brindó oportunidad de contradicción frente al concepto técnico suscrito por el profesional de medicina de la Superintendencia Nacional de salud, por demás que utilizó el concepto técnico de su propio funcionario, reemplazando el derecho que tenían las partes de allegarlo y controvertirlo, pues quienes tienen esa potestad son las partes, y no el juzgador; que al juez le está vedado utilizar su conocimiento privado, premisa que vulneró al acudir a su propio funcionario; y que el proceso liquidatorio es un proceso reglado, especial y preferente, por lo que debió hacerse parte la actora en dicho proceso, y exigir sus acreencias prestacionales.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si hay lugar al reconocimiento de los gastos en que incurrió la actora en la atención de urgencias en la I.P.S. Clínica del Campestres; si resulta jurídicamente viable estudiar el concepto técnico allegado por la Superintendencia de Salud; y si la existencia del proceso liquidatorio impide la solicitud.

### **REEMBOLSO ATENCIÓN DE URGENCIAS.**

Las Entidades Promotoras de Salud- E.P.S. cumplen la **función de aseguradoras** en salud, pues son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación del servicio de salud, ya que son las encargadas de asumir el riesgo transferido por el usuario, tal y como lo establece el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, norma que además señala que, las E.P.S. en cada régimen son las responsables de cumplir con funciones indelegables del aseguramiento. La aludida norma establece:

**“ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO.** Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento (...).”

Así mismo, el Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud en sus dos facetas: como derecho y como servicio público. En este desarrollo legislativo se consagró, de un lado el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial y obligatorio, el cual **debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.** Al respecto, el artículo 2° de la citada normatividad, establece:

**“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.** El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”. (Negrillas por la Sala).

Por su parte, la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como lo es la sentencia T- 418 de 2013, ha expuesto que el derecho a la salud debe prestarse de manera **integral**, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

Demandante: **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

“A partir del estudio de las disposiciones legales vigentes se observa que por mandato expreso del legislador, el derecho a la salud debe prestarse de manera íntegra, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante. La fuente legal del principio de integralidad es el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, disposición que ordena que *“todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales (...)”*. Ahora bien, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Pero la fuente de este principio no tiene fundamento exclusivamente en disposiciones legales. Esta Corporación también se ha pronunciado sobre la integralidad en la prestación del servicio de salud, precisando que la atención y tratamiento de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser íntegra, so pena de menoscabar su derecho a la vida en condiciones dignas. Es decir, que la integralidad comprende un conjunto de *“cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”*.

Esta Sala en una oportunidad anterior expuso que la integralidad en la prestación del servicio de salud implica que el paciente reciba todo el tratamiento de conformidad a las consideraciones del médico, sin que haya lugar a acudir a diversas acciones de tutela para tal efecto. Para ello, el juez de tutela *“deberá ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”*.

En conclusión, la prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud. No obstante, ante el incumplimiento de estos parámetros, es función del juez constitucional restablecer el derecho conculcado, en este caso la salud, para garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y de cualesquiera otros derechos que se vean afectados por la acción u omisión de las entidades obligadas a prestar dicho servicio de conformidad con los fines del Estado Social de Derecho”.

Por lo anterior, es claro que la integralidad comprende un conjunto de circunstancias: cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que se valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.

Ahora bien, y para que proceda el reembolso de los servicios médicos requeridos, es necesario tener en cuenta que el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, establece:

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

En igual sentido, el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, reza:

**“b)** Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:

**1.** Por concepto de **atención de urgencias** en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud

(IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.

**2.** Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.

**3.** En los eventos de **incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia** demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”.

Así las cosas, se hace necesario determinar cuándo se está frente a una **atención de urgencias**, frente a lo que se hace necesario empezar por definir el concepto de urgencia. Al punto, la Organización Mundial de la Salud – OMS –es *"la aparición fortuita (imprevista o inesperada) en cualquier lugar o actividad, de un problema de salud de causa diversa y gravedad variable, que genera la conciencia de una necesidad inminente de atención por parte del sujeto que lo sufre o de su familia"*<sup>1</sup>

Ahora bien, el servicio de urgencia, como servicio asistencial, al tenor de lo dispuesto en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, *"debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa"*.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 8 de la Resolución 6408 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social (que modificó la Resolución 5592 de 2015), la atención de urgencias consiste en la *"modalidad de prestación de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad"*.

---

<sup>1</sup> "Urgencia, gravedad y complejidad: Un constructo teórico de la urgencia basado en el triaje estructurado" - J. Gómez Jiménez -Servicio de Urgencias. Hospital Nostra Senyora de Meritxell. Principat d'Andorra.

Igualmente, el artículo 10 literal b) de la Ley 1751 de 2015, al establecer los derechos y deberes de las personas relacionados con la prestación del servicio de salud, dispuso lo siguiente:

*“Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: (...)*

*b) Recibir la **atención de urgencias** que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno”.*

De esta manera, la **atención de urgencias**, únicamente busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad, tal y como se asentó en sentencia T-210 de 2018.

No obstante, en el ordenamiento jurídico también se encuentra el concepto de atención inicial de urgencias, tal y como se logra verificar del parágrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 que dispone expresamente:

*“**Parágrafo.** Se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato”.*

De esta manera, es claro que estamos frente a tres definiciones similares, pero diferentes, esto es, urgencia, atención de urgencias, y atención inicial de urgencias; conceptos que en todo caso ya se encuentran en el Decreto 780 de 2016, así como en el Decreto 866 de 2017, en los siguientes términos:

*“**Artículo 2.5.3.2.3 Definiciones.** Para los efectos del presente Título, adóptense las siguientes definiciones:*

***1. Urgencia.** Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.*

Demandante: **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

**2. Atención inicial de urgencia.** Denomínase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

**3. Atención de urgencias.** Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias”.

Así las cosas, el literal b) del artículo 41 de la Ley 1438 de 2011 establece que procede el reconocimiento económico de los gastos que el afiliado haya incurrido por **atención de urgencias** en caso de ser atendido por una I.P.S. que no tenga contrato con la E.P.S. cuando exista incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada.

#### **DEL CONCEPTO TÉCNICO EMITIDO POR PROFESIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD.**

Esta Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de tener como prueba el concepto técnico emitido por los profesionales de la Superintendencia de Salud, señalando que nada impide que en ejercicio de la facultad jurisdiccional que se le concede a la Superintendencia Nacional de Salud, ésta realice una revisión técnica de los temas puestos en su conocimiento, apoyándose para tomar su decisión, en un grupo interdisciplinario de la misma entidad, especialmente, si se trata de temas como facturas glosadas, pues ciertamente esta entidad como la encargada de inspeccionar, vigilar, y controlar a las entidades del sistema de seguridad social en salud, cuenta con profesional idóneo para determinar la procedencia de cada una de tales facturas.

Lo anterior, no implica que la decisión de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud se efectúe sin mayor valoración y se haga ciegamente acerca de lo que

Demandante: **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

disponga el correspondiente grupo interdisciplinario, pues por el contrario, la Sala ha insistido en que el estándar probatorio de tal prueba no puede ser otro que el de la sana crítica y la libre formación del convencimiento, pues en materia laboral, el aludido estándar, está regido por el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. que establece:

**“ARTICULO 61. LIBRE FORMACION DEL CONVENCIMIENTO.** El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.

En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento”.

Por tanto, el juzgador puede libremente valorar el concepto técnico que le es puesto en su conocimiento, y si se quiere fundamentar su decisión en el mismo, o apartarse de lo que allí se señala, si encuentra que no ofrece la suficiente credibilidad, o se evidencian yerros en la elaboración del mismo, pues es al final de cuenta el juzgador quien dentro de la valoración que realiza quien determinará su valor probatorio en aras de resolver el asunto puesto a su consideración.

Igualmente, ha explicado la Sala que nada impide que el juzgador en uso de sus facultades oficiosas, pueda solicitar oficiosamente el concepto técnico cuando considera que por la complejidad de un asunto se hace necesario acudir a la pericia de un profesional experto en la materia; recuérdese que el artículo 230 del C.G.P. establece:

**“Artículo 230. Dictamen decretado de oficio.** Cuando el juez lo decrete de oficio, determinará el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciera la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable.

Demandante: **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

Si el perito no rinde el dictamen en tiempo se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y se le informará a la entidad de la cual dependa o a cuya vigilancia esté sometido.

Con el dictamen pericial el perito deberá acompañar los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del dictamen. Las sumas no acreditadas deberá reembolsarlas a órdenes del juzgado”.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el artículo 231 del *ejusdem* prevé la posibilidad de que el dictamen decretado de oficio sea controvertido en audiencia; sin embargo, ante la carencia de audiencia en el proceso sumario, y frente a la prevalencia del derecho sustancial y la informalidad que envuelve dicho trámite, tal y como lo dispone el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, norma que dicta que *“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento sumario, con arreglo a los principios de publicidad, **prevalencia del derecho sustancial**, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción (...) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la **informalidad**”*, resulte posible que el juzgador de primera instancia efectúe su estudio, siempre y cuando lo realice teniendo en cuenta el estándar probatorio de tal prueba, que se reitera, es el de la sana crítica y la libre formación del convencimiento, según las voces del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S.

Aunado a lo anterior, el artículo 133 del C.G.P., no establece como causal de nulidad, las circunstancias que aquí se pregonan, y por el contrario, el artículo 232 del C.G.P. es claro en establecer que un dictamen no debe ser evaluado de forma irrestricta, pues se señala que se *“apreciará el dictamen con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”*.

Por tanto, el A quo podía apreciar el concepto médico y darle su propio entendimiento a la prueba conforme a las reglas antes aludidas sin que ello devenga en una vulneración al debido

proceso, más aún si se tiene en cuenta la informalidad y preferencia del proceso sumario, de modo que el concepto aludido debe ser valorado en tales condiciones, no estando obligado el juez a tomar una decisión en el mismo sentido que se profirió.

Finalmente, no sobra advertir que las irregularidades en la valoración probatoria que realice el A Quo, pueden ser señaladas al momento de presentarse el recurso de apelación, lo que sea dicho de paso, no se realizó, pues el impugnante restringió su apelación a una nulidad que como quedó visto, no encuentra asidero.

### **DEL PROCESO LIQUIDATORIO.**

La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes (Ver frente al punto, la sentencia C-807 de 2003).

En este sentido, la función que cumple la empresa en una sociedad es el fundamento de un sin número de intervenciones legítimas del Estado, dentro del marco de un Estado Social de Derecho y de una economía social de mercado, por lo que dentro de este contexto, ha de entenderse que los procesos concursales, no sólo se encaminan a hacer efectivas las obligaciones del deudor en estado de insolvencia, sino que persiguen, en lo fundamental, que la empresa que por diversas circunstancias se encuentre en él, no se vea avocada de manera ineludible a su liquidación.

La H. Corte Constitucional en sentencia **SU-773 de 2014**, señaló los efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio, que se resumen de la siguiente manera:

Demandante: **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

“En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal.

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

2.7.17. Otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior”.

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

No obstante, lo anterior no quiere decir que la facultad de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y

Demandante: **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso de liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, pues se reitera, lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que la misma en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio.

Sobre el punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL416-2021, aseveró:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

#### **DE LO PROBADO EN EL PROCESO.**

En el proceso se encuentran acreditados los siguientes: **i)** El 30 de mayo de 2017, la actora acudió a cita médica, pues presentaba un cuadro de 15 días de mucho dolor y limitación en sus movimientos, ello, consecuencia que sufrió un golpe a nivel del hombro derecho mientras iba caminando; se le solicitó que se realizara una Ultrasonografía Articular de Hombro (fls. 1 a 3); **ii)**

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00887 -01

Demandante: **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**

El 31 de mayo de 2017, se practicó la Ultrasonografía Articular de Hombro, en donde se estableció que presentaba *ruptura total del tendón de músculos supraespinoso y subescapular* del hombro derecho Artrosis de la articulación acromio clavicular; examen que la actora presentó el 01 de junio de 2017, siendo remitida a ortopedia (fls.4 a 9); **iii)** El 14 de junio de 2017 fue atendida por la Clínica del Campestre, en donde fue operada el 21 del mismo mes y año por la condición de salud que presentaba (fls. 10 a 18 y medio óptico de folio 36); **iv)** El 05 de julio de 2017 solicitó el reembolso de la operación que le fue realizada en la Clínica del Campestre, la que fue negada el 28 del mismo mes y año (fls.19 a 23); y **v)** Mediante la Resolución N° 007172 de 2019 la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar CAFÉSALUD E.P.S., por el término de dos años (medio óptico de folio 36).

Sentado lo anterior, sea lo primero advertir que **CAFESALUD E.P.S.** aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago de la prestación económica objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino por el contrario, este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado, o que está pendiente de ser reconocido y que, por lo mismo, podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Del mismo modo, la Sala observa que la demandada solicita desestimar el concepto rendido por la galeno Alejandra Rojas Rojas; no obstante, como se dijo en precedencia para la Sala nada impide que el juzgador de primera instancia hubiese solicitado una revisión técnica del tema puesto en su conocimiento, apoyándose para tomar su decisión, en un grupo interdisciplinario de la misma entidad, pues ciertamente cuenta

con profesional idóneo para efectuar tal estudio, pues la Superintendencia de Salud es la encargada de inspeccionar, vigilar, y controlar a las entidades del sistema de seguridad social en salud.

Así mismo, resulta necesario aclarar en relación con el concepto médico de la doctora Alejandra Rojas Rojas, que dicha prueba no puede ser considerada prueba por informe en los términos del artículo 275 del C.G.P., pues de conformidad con tal normatividad, esta prueba versa sobre datos que resultan de archivos o registros de quien rinde el informe; no obstante, el concepto aludido registra opiniones que la introducen el campo de la prueba pericial. Al respecto, sostiene Hernán Fabio López Blanco:

“(...) , se trata pues, de datos registrados o documentados. Por eso el artículo 275 del Código General del Proceso hace alusión a “hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe”. Por tanto, si la persona requerida conoce el hecho, el dato o cifra, o si, en general tiene el conocimiento que el peticionario quiere utilizar en el proceso como prueba, pero no consta en archivo o registro alguno bajo su manejo, debe acudir a otro medio de prueba, como el testimonio o la peritación.

En suma, considero que un criterio que puede ilustrar para la adecuada aplicación de la prueba por informes, es el de que es viable siempre y cuando a la entidad o persona no se le solicite opinión sobre determinado aspecto, sino simplemente que señale una serie de circunstancias acerca de hechos de los cuales puede dar fe de acuerdo con su particular actividad.

Si la petición va más allá y requiere de un concepto, se entra al campo de la prueba pericial. Así, para ilustrar lo anterior; si la solicitud no se limita a que se informe acerca de cuáles eran las especificaciones previstas para construir determinada carretera sino que, adicionalmente, se quiere la opinión de la entidad acerca de las causas que originaron el derrumbe de un sector de ella, ya no estamos en prueba por informe sino en la pericial”<sup>2</sup>.

En ese orden de ideas, el juzgador de primera instancia podía acudir a dicho concepto, y valorarlo de conformidad con el estándar probatorio existente en materia laboral, esto es, el de la sana crítica y la libre formación del convencimiento según las voces del artículo 61 del C.P.T. y de la S.S.

---

<sup>2</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso, Pruebas, DUPRE Editores Ltda. 2017, p.543-544.

Por tanto, no considera la Sala que el actuar del A Quo esté en contravía del debido proceso, por demás que como cualquier juez, goza de facultades oficiosas, y se está frente a un proceso donde prima la informalidad y la preferencia del proceso sumario, en aras de garantizar los derechos sustanciales que el mismo salvaguarda, especialmente, el derecho a la salud, por lo que, en tal escenario, era menester que el concepto aludido fuera debidamente valorado conforme al estándar probatorio aludido, y en caso de existir irregularidades en tal valoración probatoria, fundamentar el correspondiente recurso de apelación en tal situación.

De esta manera, considera la Sala que el juzgador de primera instancia tenía la posibilidad de estudiar el dictamen proferido por la galeno Alejandra Rojas Rojas y darle el entendimiento que más se adecuara al asunto, valoración que, en todo caso, el juez de primera instancia realizó conforme al análisis integral del acervo probatorio; actuar que se considera acertado y que se procede a realizar en esta oportunidad.

Al respecto, encuentra la Sala del acervo probatorio documental narrado en precedencia, que el accionante ingresó a la Clínica del Campestre, por presentar mucho dolor en su hombro, y tenía un diagnóstico de *“ruptura total del tendón del músculo supra espinoso y subescapular del hombro derecho”* razón por la que el médico tratante consideró necesaria la revisión por parte de ortopedia el 01 de junio de 2017, servicio que no se prestó y que motivó que la accionante acudiese el 14 de junio de 2017 a la Clínica del Campestre, en donde se le señaló que, ante los riesgos que podría generar tal ruptura, se debía programar para *“sutura de MR artroscopia”*, lo que se realizó el 21 de junio de 2017 (fls. 10 a 13).

Sobre el tópico, se rememora que la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como la sentencia T-760 de 2008, estableció que el ámbito de protección constitucional en el

acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

“En el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien *requiere* un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio del médico relevante es el de aquel que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto”.

Lo anterior, por cuanto el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, no obstante, la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito, puede convertirse en una barrera al acceso. Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios, y ha protegido el derecho a la salud cuando el servicio se *“requiere”*, pero no así cuando el servicio es *“útil”* y el médico sólo lo recomienda sin ser indispensable; en tal evento, es donde ha fijado un límite al derecho.

De esta manera, es claro que el proceder del médico tratante fue el de determinar que el accionante requería programar una cirugía para *“sutura de MR artroscopia”*, determinación que claramente buscaba preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras de la sintomatología que presentaba, por lo que para ello dispuso del uso de tecnologías en salud para su atención; de modo que, en este punto ya estamos frente a una atención de urgencias, pues

aquí la I.P.S. comenzó a desplegar todo un conjunto de acciones que fueron realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por la urgencia.

Así las cosas, los tratamientos que recibió la demandante debieron no sólo efectuarse de forma integral sino que también se tenían que brindar sin ningún tipo de obstáculos, pues la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión son circunstancias que no se pueden sobrellevar ni imponer su carga o solución al afiliado, cuando es la entidad la que tiene el deber de aseguramiento (mirar sentencias T- 745 de 2009, T- 437 de 2010, y T-199 de 2013).

En este punto, se hace necesario resaltar que a CAFESALUD E.P.S., había remitido autorización para Ortopedia, no obstante, no efectuó ningún tipo de actuación para asumir el aseguramiento de la actora, y prestar los servicios que requería, pues no acreditó de ninguna manera la intención de prestar el mismo.

Lo anterior, cobra mayor relevancia si se tiene que en concepto técnico emitido por la galena Alejandra Rojas Rojas se señaló que *“como hubo una ruptura TOTAL del MR el ortopedista tratante ordenó el tratamiento quirúrgico para la sutura del MR. Se debe tener presente que, si no se realiza este tratamiento, los problemas del manquito rotatorio podría provocar pérdida permanente de la capacidad de movimiento y la posible degeneración progresiva de la articulación del hombro”* (fl.39).

En tal sentido, no se comparte el criterio del impugnante, puesto que ante el padecimiento que tenía la actora, era necesario que se brindara el servicio de salud, que asumiera su

obligación de aseguramiento para salvaguardar la vida y salud de ésta, de la manera más rápida y oportuna.

Así las cosas, considera la Sala de un análisis integral de las pruebas allegadas a juicio que le asiste razón al A Quo, pues de este se logra establecer que la accionada no tomó las medidas necesarias para salvaguardar la salud del accionante ante la atención de urgencias que presentó.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

**SEGUNDO.** – Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00887 -01

Demandante: **SONIA INÉS BERRIO VALENCIA.**

Demandado: **MEDIMÁS E.P.S. Y CAFESALUD E.P.S.**



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2020-00226 -01  
Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**  
Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO** promovió contra **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita el reconocimiento de \$396'600.000 por concepto de honorarios del 01 de abril de 2019 al 31 de marzo de 2020, intereses legales, intereses de mora, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** El 01 de abril de 2010 celebró contrato de prestación de servicios profesionales para desempeñar las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2020-00226 -01

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

funciones de Defensora del Cliente del Banco, hoy Defensora del Consumidor Financiero, por un término de un año prorrogable automáticamente; **2)** El contrato de prestación de servicios se prorrogó automáticamente hasta el 31 de marzo de 2019; **3)** Las partes acordaron en el contrato de prestación de servicios que previa a la terminación del contrato de trabajo se debía presentar un comunicado con una antelación no inferior a 30 días; **5)** El 29 de marzo de 2019 le comunicaron que no fue elegida como Defensora del Consumidor Financiero para el periodo 2019-2020; **6)** El contrato de prestación de servicios establece que si se da terminación a este, se debe proceder a liquidar los valores correspondientes a los honorarios que se causarían por el tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato o las prórrogas; **7)** El 15 de julio de 2019 solicitó el pago de los valores dejados de pagar, no obstante, tal pedimento se negó el 01 de agosto del mismo año; y **8)** Sus honorarios mensuales en 2019-2020 hubiesen sido \$33'050.000 mensuales.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificado el convocado contestó en los siguientes términos:

**SCOTIABANK COLPATRIA S.A.** (fls. 116 a 178), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó contrato de prestación de servicios supeditados a normas legales- normas imperativas; terminación legal del contrato de prestación de servicios- inexistencia de la obligación reclamada; terminación del contrato por imposibilidad manifiesta de ejecución de su objeto, en la medida que la asamblea general de accionistas designó a un nuevo defensor del consumidor financiero; inoperancia de la prórroga automática- notificación oportuna de la existencia de proceso de selección del defensor del consumidor financiero para el periodo comprendido entre los años 2019 y 2021 que impedía la prórroga automática del contrato; conducta contraria a los actos propios- conducta durante proceso de invitación de presentar ofertas- conocimiento previo del proceso; el proceso de rfp (request for proposal-

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2020-00226 -01

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

solicitud de propuesta y/o oferta) se desarrolló respetando los criterios de imparcialidad, transparencia, y selección objetiva; ausencia de buena fe de la demandante; prescripción; buena fe y debida diligencia por parte del banco; y compensación.

Aceptó los hechos relativos a la suscripción entre las partes, de una contrato de prestación de servicios a partir del 01 de abril de 2010, para que la demandante desempeñara el cargo de Defensor de Consumidor Financiero; la petición elevada por la activa el 15 de julio de 2019 solicitando el reconocimiento de los valores pendientes, lo que se respondió negativamente el 01 de agosto de 2019; y que los honorarios de la actora para 2019-2020, hubiesen sido la suma de \$33'050.000.

En su defensa indicó, que la figura de consumidor financiero se encuentra regulada en la ley, lo que indica que el ejercicio de sus funciones, periodo, proceso de elección, posesión, y demás aspectos encuentran regulados normativamente; que conforme al artículo 1602 del C.C., todo contrato es para los contratantes y termina por mutuo consentimiento o causas legales; que la existencia del contrato del Defensor del Consumidor Financiero se encuentra sujeta a la designación que realice la asamblea general de accionistas por disposición de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1328 de 2009; que cada año se eligió a la actora como contratista, pues es el término que establece la citada Ley 1328 de 2009 para el desempeño del cargo de Defensor del Consumidor Financiero; y que el 17 de diciembre de 2018 se realizó invitación para participar en el proceso de selección de un nuevo Defensor del Consumidor Financiero, lo que constituyó una notificación anticipada de la terminación del contrato suscrito, proceso en el que participó la actora.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 14 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2020-00226 -01

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

septiembre de 2021, dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

**PRIMERO: CONDENAR** a la demandada a pagar a la actora la suma de \$363.550.000 por concepto de honorarios por prórroga automática del contrato de prestación de servicios causados y no pagados.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada a cancelar los intereses civiles del 6% sobre el capital de \$363.550.000 a partir del 1 de abril de 2020 y hasta que se efectuó el pago del mismo.

**TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, declarando parcialmente probada la excepción de compensación.

**CUARTO: COSTAS** a cargo de la demandada. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$10'000.000, en favor de la demandante.

En síntesis, el A quo refirió que no existe controversia en cuanto a que la actora prestó sus servicios como Defensora del Consumidor Financiero, desde el 01 de abril de 2010 y hasta el 31 de marzo de 2019; que la cláusula cuarta del contrato es clara y está referida a que el contrato se puede prorrogar automáticamente sin ratificación expresa de las partes; que si la anterior cláusula estaba en contra de la normatividad legal, podía revisarse el contrato, realizar un otro sí, y aclarar la situación; que este tipo de contratos civiles está regido por la voluntad de las partes para generar compromisos entre las partes; que el contrato también dispuso que existía una obligación de preaviso para dar lugar a la terminación del contrato de prestación de servicios; que el proceso de invitación, no implica necesariamente que se hubiera cumplido la obligación de preaviso, pues no se puede suponer que la oferta del proceso trae implícita la terminación, así como tampoco que siempre se va a renovar el contrato a favor de la actora; que para 2019 los honorarios serían la suma de \$33'050.000, no obstante, y dado que se pagó abril de 2019, hay lugar al pago de 11 meses; y que por la falta de pago de los honorarios, hay lugar a intereses legales.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

La **parte demandada** manifestó que hubo una clara omisión en el estudio del acervo probatorio, pues está acreditado que la demandante aceptó y tenía pleno conocimiento de la terminación de su contrato de prestación de servicios, lo que se encuentra

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2020-00226 -01

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

acreditado con el correo electrónico del 03 de abril de 2019, en donde se acepta expresamente por parte de la demandante que su contrato finiquitó; que lo que operó fue una terminación del contrato de prestación de servicios, en el que se expresamente se señaló que este entraba en un nuevo proceso de oferta, porque el periodo terminaba legalmente en marzo de 2019, lo que se hizo desde diciembre de 2018, en donde se informó que había un nuevo proceso y que si quería participar podía hacerlo; que según la teoría de los actos propios, si la demandante acepta participar en un proceso, conoce que esta situación puede llevarla a que no la elijan, que sabía plenamente que su contrato no podía ser prorrogado; que la actora sabía que al someterse a la oferta del cargo, podía no ser elegida, y que estaba compitiendo con otras personas; que en los procesos anteriores al año 2019, la actora sabía que no participaba contra otros oferentes, siendo necesario buscar la verdad real de los hechos, la cual es que la demandante sabía que el cargo que estaba ejerciendo entraba en un concurso; que en este contrato existe una excepción al acuerdo de voluntades, pues había una imposibilidad legal de que existieran dos defensores del consumidor financiero, lo que la misma actora expresamente aceptó y por lo que aceptó que su contrato había terminado; que a la actora se le pagó el mes de abril para que siguiera ejecutando algunas funciones mientras se lograba el empalme, pero no como consecuencia del contrato de prestación de servicios para el cual fue contratada, periodo en el que en ningún momento reclama, pide el pago de este mes, y solo presenta una reclamación en su demanda; que el servicio no se prestó por parte de la actora después de mayo, por demás que no era dable que desempeñara el cargo por disposición legal, que se hubiese incurrido en un delito si lo hubiera hecho; y que los intereses legales únicamente sería dable reconocerlos desde la sentencia, pues antes no se habían causado, máxime si se tiene en cuenta que no hubo prestación del servicio.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2020-00226 -01

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si en el caso bajo estudio existió o no una prórroga del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes y por ello hay lugar al reconocimiento de honorarios de mayo de 2019 a marzo de 2020; y si es dable el pago de intereses legales.

### **HONORARIOS.**

Los contratos civiles siguen la noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, de manera que, en virtud de dicho principio, los contratos legalmente celebrados tienen el carácter de ley para las partes conforme al artículo 1602 del C.C., tal y como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil- en sentencia del 10 de abril de 2013, Exp. 11001 31 03 043 2006 00782 01, reiterando la del 17 de mayo de 1995, Exp. 4512:

*“3.2 El establecimiento de las condiciones del negocio en general, al igual que la concreción de potestades y la generación de obligaciones, por excelencia, deriva del ejercicio del libre gobierno que tienen los ciudadanos para disciplinar sus intereses, designio que ha plasmado la Corte en estos términos: “Como es suficientemente conocido, uno de los principios fundamentales que inspiran el Código Civil es el de la autonomía*

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

*de la voluntad, conforme al cual, con las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno, los particulares pueden realizar actos jurídicos, con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a su validez y eficacia, principio éste que en materia contractual alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” ( Sent. Civ. de 17 de mayo de 1995, Exp. 4512).*

Naturalmente, en desarrollo de tal prerrogativa o en ejercicio del rol asumido, su titular detenta plena disposición para desligarse del derecho y deber de permanecer atado al vínculo; deshaciendo las cosas en igual manera en que se hicieron, por supuesto y necesariamente, al abrigo de la normatividad vigente y de los dictados de la convención, la que se erige frente a las partes en una verdadera fuente del derecho (C.C. Art. 1602), por residir en ellas la soberanía y la garantía que le dispensa el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad (Art. 3º Constitución Política). En efecto, con tino se ha dicho que: *“la idea del contrato y su obligatoriedad encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto mismo que a ella le es debido. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autoreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “de la voluntad”.*

Ahora bien, la noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, debe aplicarse en armonía del artículo 1618 del C.C., de manera que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Sobre el tópico, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala Civil- estableció en sentencia del 28 de junio de 1989 reiterada en las sentencias del 07 de febrero de 2008 y 30 de agosto de 2011, Ref: 2001-06915-01 y 11001-3103-012-1999-01957-01, lo siguiente:

“Ex abundante jurisprudencia, ha señalado la Sala:

*1. Interpretar, estricto sensu, es auscultar, desentrañar, precisar y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio (cas. agosto 27/1971 y julio 5/1983) el alcance de su contenido (cas. diciembre 10/1999, exp. 5277) y la identificación de los fines perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final (cas. febrero 18/2003. exp. 6806).*

*Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la ‘recíproca intención de las partes’ (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo ‘claro’ el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia*

*a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que '...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato' (cas. civ. junio 28/1989).*

Así las cosas, es claro que, en el proceso judicial es deber del juzgador establecer cuál fue la intención de las partes plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, lo que no se reduce ni se supedita, aun siendo claro al sentido literal de las palabras, por cuanto en todo caso, es necesario reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal.

#### **DEL CASO EN CONCRETO.**

Se encuentra probado dentro del proceso y/o no fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos: **i)** la suscripción, el día 01 de abril de 2010 del contrato de prestación de servicios de la demandante con SCOTIABANK COLPATRIA S.A., para desempeñar funciones de Defensora del Cliente y/o Defensora del Consumidor Financiero (fls. 15 a 20) entre las partes trabadas en la litis de cuyo objeto era ; **ii)** Que la sociedad demandada llevó a cabo entre diciembre de 2018 y marzo de 2019, el proceso denominado RFP (*request for proposal*-requerimiento de propuestas) para el servicio Defensoría Del Consumidor Financiero de las entidades SCOTIABANK COLPATRIA S.A., Fiduciaria Colpatría S.A., Scotia Securities S.A. (COLOMBIA) S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa y Colfondos S.A., cuyo objeto fue seleccionar una organización externa independiente para prestar el servicio de Defensoría del

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

Consumidor Financiero de las entidades en mención para el periodo comprendido entre el año 2019 y 2021, en el que participó como proveedora la demandante RODRIGUEZ VALERO (fls. 195 a 209); **iii)** La notificación a la demandante de la terminación del contrato de prestación de servicios por parte de la demandada el día 29 de marzo de 2019, debido a que no fue reelegida como Defensora del Consumidor Financiero para el periodo que comenzaba en abril de 2019 (fl.22); **iv)** El informe del estado de la Defensoría del Consumidor presentado por la demandante el 01 de abril de 2019, con corte a 31 de marzo de 2019 (fls. 23 a 30); y **v)** La solicitud de pago de los honorarios dejados de percibir desde el 01 de abril de 2019 hasta el 31 de marzo de 2020, elevada por la demandante a la demandada el día 15 de julio de 2019, (fls. 31 a 45).

Adicional a la prueba obrante a folios 15 a 102 y 179 a 355, al proceso se arrimaron las declaraciones de **Oscar Robayo Barbosa y José Guillermo Peña González**, quienes manifestaron:

**Oscar Robayo Barbosa** adujo que era empleado del Banco Colpatria desde hace 29 años; que en el 2018 estaba en el área de compras; que la actora era la Defensora del Consumidor Financiero del banco; que el área de compras hizo el proceso para escoger al defensor del consumidor; que en un banco no pueden existir dos defensores del consumidor financiero; que conoce el proceso a invitación-oferta del año 2019; que la actora fue invitada formalmente y aceptó la invitación a participar en la invitación para escoger Defensor del Consumidor Financiero; que la actora no cumplió los criterios que el banco estaba esperando, por lo que continuaron con la selección: que a todos los oferentes se les hacían las aclaraciones respectivas y se les informaba el objetivo de la invitación; que la actora sabía que estaba compitiendo con otros; que el proceso era nuevo para todos, pues la figura que se traía era que el banco le daba todo a la Defensora del Consumidor Financiero, instalaciones, recursos, y demás, pero lo que se quería, es que fuera un ente externo; y que la actora finalizó el proceso de selección, estuvo hasta el 100% del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2020-00226 -01

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

proceso, presentó todos los documentos solicitados para participar en el proceso dentro de las fechas estipuladas.

Por su parte, **José Guillermo Peña González** señaló que era conoció a la actora, ya que es el actual Defensor Financiero de Citibank y SCOTIABANK Colpatria S.A.; que inició al servicio de la demandada el 01 de mayo de 2019; que dentro del proceso para que lo eligieran como Defensor del Consumidor Financiero le hicieron una invitación del banco, la que se extendió a varias personas, incluida la actora; que sabía que podía o no quedar elegido porque es un proceso de selección, se asignan puntajes, y se examina las personas, y la estructura tecnología y física de cada proponente; que no hay un periodo de empalme pero si existe la solicitud de la Superintendencia de que se haga la entrega, pues una vez se posesionan, el anterior pierde de inmediato competencia; que la actora participó en las reuniones de empalme; que se suscribieron las actas de entrega de la actora; y que es ajeno al contrato que suscribió la demandante con el banco.

Pues bien. En el análisis de la prueba recaudada, se advierte que entre las partes se celebró un contrato de prestación de servicios a fin de que la accionante prestara las funciones de Defensora del Cliente, el que se estaba desarrollando desde el 01 de marzo de 2010, y que a juicio de la actora se prorrogó automáticamente para el periodo del 01 de abril de 2019 hasta el 31 de marzo de 2020. Al respecto, se estableció en el contrato de prestación de servicios, lo siguiente:

**“CUARTA. PLAZO.-** Los servicios profesionales como DEFENSORA DEL CLIENTE O DEL CONSUMIDOR FINANCIERO, según corresponda, objeto del presente contrato, deberán ser prestados para el desarrollo de las labores de la DEFENSORÍA previstas en el artículo 98 del Decreto 663 de 1993- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003 y el Decreto 690 del 19 de marzo de 2003, y la Ley 1328 de 2009, cuando tenga vigencia, y demás normas que las modifiquen o reglamenten por un periodo de doce meses contado a partir de la fecha de la firma del presente documento. El contrato será prorrogable automáticamente por periodos iguales, sin que se requiera ratificación expresa de las partes”

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

**“CLÁUSULA SEXTA- TERMINACIÓN DEL CONTRATO.-** El presente contrato podrá darse por terminado por cualquiera de las siguientes causas: **a)** Expiración del plazo para el que fue nombrada por la Asamblea de Accionistas del Banco, previa comunicación de no renovación, la cual deberá ser comunicada por el BANCO con una antelación de 30 días al vencimiento, a menos que la Asamblea de Accionistas del Banco disponga su reelección; **b)** Por mutuo consentimiento; **c)** Por imposibilidad manifiesta de ejecución de su objeto; **d)** Por causas legales; **e)** Por decisión unilateral de LA DEFENSORA; **f)** Por decisión de la Superintendencia Financiera de Colombia. (...) **PARÁGRAFO TERCERO:** Terminado el contrato EL BANCO procederá a liquidar y pagar a LA DEFENSORA los valores correspondientes a los honorarios vigentes que se causarían por el tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato o sus prorrogas, previa presentación de LA DEFENSORA, de la cuenta de cobro o factura correspondiente con por lo menos ocho (8) días de anticipación a la fecha de cierre contable establecida por EL BANCO, de manera que se cause y se pague durante el mes, con lo cual, EL BANCO quedará a paz y salvo por todo concepto.”

De las cláusulas transcritas, ciertamente es dable establecer que en el contrato se estableció la prórroga automática del contrato por periodos iguales, sin necesidad de ratificación expresa de las partes, pudiéndose dar terminación al contrato de prestación de servicios, a través de las causales establecidas en la cláusula sexta, es decir, expiración del plazo pactado con la respectiva comunicación de no renovación, mutuo consentimiento, imposibilidad manifiesta de ejecutar el objeto contractual, causas legales, decisión unilateral de la demandante, y decisión de la Superintendencia Financiera.

Así las cosas, y descendiendo al asunto, se tiene que, para dar finiquito a la relación contractual, en la carta de terminación del contrato de prestación de servicios, SCOTIABANK COLPATRIA S.A., hizo alusión a que la demandante no fue reelegida para el periodo que comenzaba en abril de 2019, y que tal vínculo contractual terminaba como consecuencia de la expiración del periodo legal de Defensora del Consumidor Financiero (fl.22), determinación que sin más ciertamente hubiese necesitado - para dar por terminado dicho contrato-, que la empresa contratante allegara comunicación de no renovación con una antelación de 30 días al vencimiento, pues así lo acordaron las partes.

De esta manera, y dado que la demandante fue contratada el 01 de abril de 2010 por un periodo inicial de doce meses o un año, la expiración del plazo al 31 de marzo de cada año, por lo que, para dar cumplimiento a lo pactado por las partes en el literal a) de la causal primera del contrato de prestación de servicios, esto es, que se debía remitir comunicación de no renovación con una antelación de 30 días al vencimiento, se hacía necesario que allegar dicha comunicación a más tardar el 01 de marzo del año en que se pretendiera finiquitar la aludida relación contractual, pues de lo contrario se entendería prorrogado; recuérdese que el artículo 1602 del C.C. señala que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

En el *sub examine*, se observa que al 01 de marzo de 2019 no se había notificado la finalización del contrato de prestación de servicios a la contratista, circunstancia que sólo acaeció **el 29 de marzo de 2019**, esto es, con apenas dos días de antelación de la fecha de expiración del plazo pactado, por lo que, el contrato se entendió prorrogado, y en tal sentido resultaba procedente el reconocimiento de los honorarios dejados de percibir, máxime si se tiene en cuenta, como se acepta en la impugnación que la demandante recibió pagos hasta el mes de abril y que el nuevo Defensor del Consumidor contratado por el Banco afirmó en su declaración ante el despacho que inició al servicio de la demandada el 01 de mayo de 2019.

Frente al punto de análisis, la Sala advertirá desde ya, que no comparte el criterio expuesto por el impugnante, relativo a que en el contrato de prestación de servicios existe una *excepción* al acuerdo de voluntades, al evidenciarse imposibilidad legal de que confluyan dos Defensores del Consumidor Financiero al interior de la sociedad.

Y se descarta dicha argumentación, por cuanto en primer lugar, en parte alguna del contrato suscrito por las partes se hace alusión a la supuesta excepción a la que acude el apelante ni ello puede deducirse o interpretarse de la redacción de la

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

cláusula contractual; en segundo lugar por cuanto tal circunstancia - la designación de un nuevo Defensor del Consumidor, tal como aconteció en el presente caso- si bien es claro justifica la terminación del contrato entre las partes por cuanto así expresamente lo consagra el literal d) del artículo 19 de la Ley 1328 de 2009, ello en manera alguna releva a la sociedad demandada del cumplimiento cabal de las obligaciones previamente pactadas en lo que tiene que ver con la terminación del contrato.

En efecto, una cosa es la terminación del contrato por acontecer una causal legal (la designación de un nuevo Defensor, literal d) del artículo 19 de la Ley 1328 de 2009), y otra bien distinta que el contratante pueda excusarse en ello para omitir el cumplimiento de una cláusula pactada previamente, relativa a las consecuencia que apareja la terminación del contrato - independientemente del motivo del mismo -que se circunscribe a pagar lo que quedó pendiente de ejecución por la terminación -se entiende anticipada-, bien de la vigencia inicial bien de una de sus prórrogas.

Es que si bien la designación de un nuevo Defensor del Consumidor se adujo por la demandada en la carta de terminación del contrato de prestación de servicios y ciertamente dicho hecho en todo caso no permitiría que la demandante ejerciera el cargo, lo cierto es que para efectos contractuales, ello no eximía a la demandada - si es que era su deseo evitar las consecuencias de una prórroga del contrato - de efectuar en tiempo el correspondiente aviso de terminación del contrato, porque a ello se comprometió expresamente; tan es así que el contrato de prestación de servicios es enfático en señalar **-y no distingue entre las causales** - que en caso de acontecer tal escenario -esto es, la terminación del contrato - se deben pagar los honorarios que se causarían por el tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado. En forma alguna se podría interpretar que el nombramiento de un nuevo Defensor constituye una excepción a la obligación contractual de efectuar el pago de los honorarios causados si al momento de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2020-00226 -01

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

terminación del contrato ya se encontraba vigente la ejecución de la vigencia inicial o una de sus prórrogas.

Tampoco precisa la Ley 1328 de 2009 consecuencia alguna semejante a la que pretende la sociedad demandada, o que la estipulación contractual de las partes en ese sentido resulte incompatible con la Ley en comento, adviértase además que para el momento de la celebración del contrato de prestación de servicios dicha Ley ya se encontraba vigente, por lo que debía ser conocida por las partes contratantes ni tampoco se advierte incompatibilidad alguna entre el aparte de la cláusula que obliga al pago de los honorarios pendientes de la vigencia que corre por causa de la terminación, con norma alguna que rija la materia.

Aunado a lo anterior debe resaltarse que tal hecho, la designación de un nuevo Defensor, no fue producto de un acontecimiento sorpresivo, novedoso o desconocido efectuado por un tercero ajeno a la relación contractual, todo lo contrario, fue la misma demandada quien en uso de sus potestades decidió iniciar una convocatoria para llenar la plaza, es decir, la designación de un nuevo Defensor se dio con ocasión de la propia voluntad del contratante; luego es claro que pudo prever y ajustarse a sus propias condiciones contractuales, para que la designación de un nuevo Defensor se diera en el marco del cumplimiento cabal del contrato previamente suscrito con la demandante.

Así las cosas, para la Sala es claro que la designación de un nuevo Defensor del Consumidor Financiero por vencimiento del periodo para la cual fue designada la actora, si bien no permitía que se ejerciera el cargo por parte de la demandante, ello no exime a la sociedad demandada para finiquitar tal nexo, de efectuar el aviso de terminación con una antelación de 30 días; obligación que no puede soslayarse con la comunicación del 03 de abril de 2019 obrante a folio 21, pues de esta en ningún momento se observa que la actora hubiera aceptado que se le

Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**

Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

entregó la comunicación de terminación del contrato de prestación de servicios.

Por otra parte, y en cuanto al argumento del impugnante relativo a que además debe aplicarse *la teoría de los actos propios* en lo relativo a que la demandante conocía el proceso de selección efectuado para nombrar un Defensor del Consumidor Financiero, proceso en el que además fue partícipe, y dentro del cual se efectuaron actos por parte de ésta que permitían establecer que conocía de este, que sabía que podía no ser elegida, y que competía con otras la Sala considera pertinente recordar lo que en sentencia STC11189-2020 se dijo por la Corte:

“En ese sentido, esta Corte ha considerado:

*“(...) referir a la doctrina de los actos propios, es reclamar la exigencia de un **comportamiento coherente**; de ahí que, la concreción de una u otra conducta, según su extensión y efectos, vista en retrospectiva, permite precisar si lo cumplido estaba en la misma línea de lo que, otrora, se ejecutó. Realizado este ejercicio, si lo acaecido no correspondió a lo que en el pasado inmediato tuvo lugar; **si no hay puentes comunicantes entre una y otra conducta que le mantengan en su esencia, significa que el acto propio no fue respetado y, contrariamente, el proceder desplegado contradujo su inmediato antecedente, esto es, vulneró el principio analizado (...)**”.*

*“(...) [L]a teoría de los actos propios o “venire contra factum proprium non valet”, que en definitiva (...) puede anunciarse [como] la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás (...)*”.

*“(...) Empero, cumple resaltar que el objetivo último, no es, en verdad, salvar la contradicción del acto o impedir la incoherencia de un determinado comportamiento; el fin, esencial, por lo demás, es evitar que con ese cambio de actitud, con esa rectificación se genere un perjuicio a quien despertó alguna expectativa válida por la conducta desplegada anteriormente, es, en otras palabras, dejar incólume la confianza fundada en ese antecedente (...)*”.

*“(...) Bajo tales parámetros, oportuno resulta asentar que si bien la jurisprudencia y la doctrina no son concordantes en cuanto a los requisitos establecidos para considerar si, en estricto, procede la teoría de los actos propios, la mayoría converge en señalar los siguientes como tales: **i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza***

*legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular; ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente; y, iv) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno y otro episodio (...)*” Negrillas por la Sala.

En igual sentido, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL15966-2016, asentó:

“[...] conforme el principio de confianza legítima, que junto con el de respeto al acto propio, emanan del postulado de la buena fe -artículo 83 de la Constitución Política-, **las autoridades tienen la obligación de preservar un comportamiento consecuente, coherente y no contradictorio; lo que implica que si en un caso concreto, un sujeto fija una posición frente a un determinado asunto, que establece en cabeza de otro una expectativa en el sentido de que frente a actuaciones posteriores se respetará la palabra dada, no es posible que de forma intempestiva y sin justificación alguna, se cambie, en afrenta a su acto propio (CSJ SL-17447-2014).**

(...)

[...] El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto, debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

[...] c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

[...] Verificación de los requisitos o condiciones del acto propio en el asunto bajo escrutinio

- Conducta jurídicamente precedente, relevante y eficaz por parte del trabajador

Para proceder a verificar este requisito se impone memorar que las normas laborales son de orden público y, por ende, los derechos y prerrogativas que conceden son irrenunciables según el entendimiento del artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo, ello como una palmaria expresión del principio tuitivo que ampara a los trabajadores.

En ese horizonte, tiene dicho esta Corte que no es la voluntad de las partes por sí misma quien determina si un contrato es o no de trabajo, sino tan solo el hecho de si la relación llena o no los requisitos impuestos por la ley para que se configure tal relación especialísima. De manera que si se cumplen a cabalidad los mismos, existe contrato de trabajo, a despacho de cuanto piensen las partes al respecto. [...]

Así las cosas, y en la medida que la teoría de los actos propios hace referencia a la obligación de preservar un comportamiento consecuente, coherente y no contradictorio; no considera la Sala que la demandante hubiese desplegado acto alguno para fijar en cabeza de la empresa demandada, que era su intención finiquitar la relación contractual una vez finalizara el proceso de selección.

En efecto, si bien de un lado los testigos Oscar Robayo Barbosa y José Guillermo Peña González señalaron que durante el periodo de abril de 2018 a marzo de 2019, se llevó a cabo un proceso de selección de Defensor del Consumidor Financiero, que en este participó la actora junto con otros proponentes que fue la propuesta del último testigo en mención la que mejor se adaptó a los requerimientos de la empresa demandada; y de otro, que la documental obrante a folios 195 a 209, da cuenta que la actora tenía pleno conocimiento del proceso de selección que se estaba realizando, -pues participó en este-; dichas circunstancias son insuficientes para entender que ejecutó conductas que generaron en la sociedad demandada un grado de confianza legítima sobre la terminación del contrato en el futuro o que estaba eximida de presentar un preaviso, pues aunado a que las mismas partes

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2020-00226 -01  
Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**  
Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

establecieron el deber de comunicar con 30 días de antelación la terminación, el proceso de elección no implicaba que la demandante fuera a ser removida de tal cargo, pues ésta al ser participe podía ser perfectamente reelegida, por lo que el único actuar que se puede desprender del comportamiento de la actora, era su intención de preservar y seguir ejerciendo el cargo de Defensora del Consumidor Financiero.

Finalmente, y en lo atinente a **intereses legales**, basta con recordar que de conformidad con el artículo 1617 del C.C. se causan únicamente con el retardo, y que en consecuencia basta el incumplimiento para su reconocimiento, de esta manera, se hicieron exigibles desde el día siguiente a la terminación del contrato, no obstante, al condenarse por estos desde el 01 de abril de 2020, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* tal rubro no se modificará, pues quien presentó la apelación sobre el tópico fue la parte demandada sin observarse reparo de la parte actora.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **VII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: - CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-005-2020-00226 -01  
Demandante: **CONSUELO RODRÍGUEZ VALERO.**  
Demandado: **SCOTIABANK COLPATRIA S.A.**

**SEGUNDO.** - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

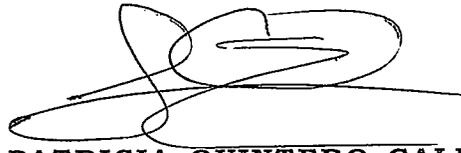
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de la parte demandada.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2016-00037 -01

Demandante: **A.R.L. SURA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por al apoderada de PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **A.R.L. SURA** promovió contra la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ ARDILA** representada por su madre **NELLY ROCÍO ARDILA MORA**.

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora aspira a la declaratoria de nulidad del dictamen de calificación o pérdida de capacidad laboral proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFACIÓN DE INVALIDEZ el 16 de julio de 2015 en relación con el evento sufrido por el señor Carlos Edison Ordoñez y que

fuere calificado como accidente de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, solicita que el siniestro de Carlos Edison Ordoñez sea calificado de origen común, que las prestaciones económicas no se encuentran a cargo del sistema de riesgos laborales sino del sistema general de pensiones, que el fondo de pensiones debe reembolsar las sumas asumidas por A.R.L. SURA, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la parte demandante argumentó que: **1)** Carlos Edison Ordoñez desempeñaba el cargo de Conductor de Bus Escolar para su empleador Viajes La Nueva Colombia S.A.S., encontrándose afiliado a riesgos laborales a A.R.L. SURA, y pensiones a la A.F.P. PROTECCIÓN; **2)** El 03 de marzo de 2015, el señor Carlos Edison Ordoñez se encontraba realizando su ruta escolar, cuando repentinamente perdió el conocimiento, lo que ocasionó que el vehículo se rodara hacia atrás en razón de la pendiente que transitaba, y que colisionara con un inmueble, saliendo sin lesión alguna la Monitora de la Ruta Escolar y sus estudiantes; **3)** El señor Ordoñez fue trasladado al Hospital de la Victoria, no obstante, falleció; **4)** El 04 de marzo de 2015 se efectuó informe de accidente de trabajo, señalándose los hechos narrados; **5)** Se dio apertura a proceso penal, no obstante, se archivó el 25 de agosto de 2015, señalándose que la muerte del señor Ordoñez fue consecuencia de una miocarditis linfocítica de origen natural, y que el accidente de tránsito no fue la causa de su muerte; **6)** El 30 de abril de 2015 se remitió dictamen efectuado por la A.R.L. a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, señalándose que el origen del siniestro, era común; **7)** El 16 de julio de 2015, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca determinó que el origen del accidente era laboral; **8)** El 24 de agosto de 2015, interpuso los recursos de reposición y de apelación; y **9)** La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca mantuvo la decisión recurrida, y el 03 de diciembre de 2015, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ confirmó el origen del siniestro.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.**

### **1. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

**PROTECCIÓN S.A.** (fls. 106 a 133), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó validez del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; inexistencia de la obligación de asumir a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**, las prestaciones a que pueda haber lugar por corresponder el fallecimiento del afiliado a un accidente de trabajo, ni de reembolsar suma alguna; y la innominada o genérica.

Aceptó el hecho relativo al fallecimiento del señor Carlos Edison Ordoñez. Negó los demás hechos.

En su defensa argumentó que la causa de la muerte del señor Ordoñez fue súbita o repentina, mientras que desempeñaba su cargo de Conductor de Bus Escolar y en su lugar de trabajo, siendo en tales condiciones el responsable el sistema de riesgos laborales; y que el señor Ordoñez no se encuentra afiliado a **PROTECCIÓN S.A.**

Por su parte, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** (fls. 111 a 131), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó legalidad de la calificación emitida por la Junta- carencia de fundamento jurídico para desvirtuar la naturaleza laboral del accidente, responsabilidad objetiva en el sistema de riesgos laborales- amparo del trabajador con independencia de la modalidad contractual, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen- carga de la prueba a cargo del contradictor, falta de legitimación por pasiva de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**: Competencia del Juez Laboral, buena fe de la parte demandada, y la genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2016-00037 -01

Demandante: **A.R.L. SURA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

Aceptó los hechos de la demanda. Expuso que los hechos que generaron la muerte del señor Ordoñez se enmarcan dentro de un accidente de trabajo, puesto que fue repentino, se produjo dentro de la relación laboral y mientras ejercía su actividad subordinada, que se generó un daño, la muerte; que la responsabilidad en el sistema de seguridad social es objetivo, por lo que, la simple configuración de un riesgo, permite establecer la entidad responsable de las mismas; y que la A.R.L demandante no aporta elementos probatorios que permitan establecer que no se estaba frente a un accidente de trabajo, siendo carga de ésta demostrar que se está frente a un siniestro de origen común.

Finalmente, mediante auto del 18 de junio de 2019, se tuvo por NO CONTESTADA la demanda por parte de **VALERY SOFIA ORDOÑEZ ARDILA** representada por su madre NELLY ROCÍO ARDILA MORA (fls.222 y 223).

## **2. INTEGRACIÓN LITISCONSORIO.**

Mediante auto del 02 de febrero de 2017, se integró como listisconsortes necesarios a la A.F.P PORVENIR S.A., y a los HEREDEROS INDETERMINADOS DE CARLOS EDISON ORDOÑEZ (fls.99 a 104).

**PORVENIR S.A.** (fls. 148 a 158) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación a cargo de mi representada de reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes pretendida en la demanda (sic); ausencia de derecho sustantivo, falta de cumplimiento de los requisitos legales; cobro de lo no debido; prescripción; buena fe; y compensación.

No aceptó ningún hecho. Señaló que se encuentra determinado que el origen del accidente del señor Ordoñez es laboral, según dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ; que no se le ha comunicado ningún tipo de dictamen, por lo que, estos adolecerían de nulidad

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2016-00037 -01

Demandante: **A.R.L. SURA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

absoluta; y que no ha recibido ningún tipo de reclamación como consecuencia del siniestro del señor Ordoñez.

Por su parte, los **HEREDEROS INDETERMINADOS DE CARLOS EDISON ORDOÑEZ** (fls. 210 a 217), contestaron a través de Curador Ad Litem, quien señaló que se atenía a lo que resultare probado, pues no le constan los hechos de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación y pago, y buena fe.

### **3. DESISTIMIENTO DE PARTES.**

Mediante auto del 02 de febrero de 2017, se aceptó el desistimiento de la demanda presentada contra PROTECCIÓN S.A. (fls. 99 a 104).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia 14 de octubre de 2021, dictó sentencia en la que **declaró la nulidad del dictamen** 1023914422-2674 emitido por la Sala 4 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 3 de diciembre de 2015, que calificó el accidente que ocasionó la muerte del trabajador CARLOS EDISON ORDOÑEZ, como de origen laboral y acoger en su integridad el dictamen No. 102T914422 del 6 de mayo de 2021, proferido por la Sala 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que calificó la muerte del Sr. CARLOS EDINSON ORDOÑEZ como de origen común.

En consecuencia, condenó a la A.F.P. PORVENIR S.A a reconocer y pagar las prestaciones económicas a las que tuvieron derecho los beneficiarios del afiliado CARLOS EDINSON ORDOÑEZ, así como a que devuelva las sumas que pudo haber cubierto la demandante SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2016-00037 -01

Demandante: **A.R.L. SURA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

los beneficiarios del causante, valores que deberán ser devueltos de forma indexada.

De otro lado, **se abstuvo de emitir pronunciamiento** respecto a la menor VALERI SOFÍA ORDOÑEZ ARDILA, representada por su señora madre Nelly Rocío Ardila Mora, y en relación a los herederos indeterminados del causante CARLOS EDINSON ORDOÑEZ, en razón a que no obra petición por parte de ellos. Se abstuvo de imponer costas a la menor Valery Sofía Ordoñez y condenó a su pago a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y a la AFP Porvenir S.A. y declaró no probadas las excepciones propuestas, por las demandadas.

En síntesis, refirió el A Quo, que para verificar la veracidad técnica-científica del dictamen proferido por la JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ del 16 de julio de 2015, se acudió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca- sala distinta a la que conoció inicialmente-; que dicha junta determinó que el accidente del señor Ordoñez fue de origen común, pues éste se desvaneció como consecuencia de una miocarditis linfocítica de causas naturales, por demás que, el examen que dio cuenta de esta patología no fue evaluado por los anteriores valoradores, pues no se allegó en tal momento; que no se considera que se está frente a un accidente de trabajo, pues de conformidad con las conclusiones emitidas por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, no fue consecuencia de la labor del actor ni con ocasión de este; que por lo anterior, PORVENIR S.A. es la encargada de asumir las prestaciones económicas del actor, pues están en cabeza de esta entidad; y que no hay lugar a imponer ningún tipo de condena contra VALERY SOFIA ORDOÑEZ pues no se dirigió pretensión alguna en su contra.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

La apoderada de **PORVENIR S.A.** manifestó que se deben revocar los numerales cuarto y quinto de la sentencia, en los que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2016-00037 -01

Demandante: **A.R.L. SURA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

se fulminan condenas en contra de esa A.F.P., como quiera que la condena es en abstracto, no se ha elevado ningún tipo de solicitud prestacional por el fallecimiento del señor Ordóñez, debiéndose acreditar una vez se eleve tal solicitud el cumplimiento de requisitos para que haya lugar a tal reconocimiento; que no se constató que A.R.L. SURA hubiese efectuando algún tipo de pago con ocasión del deceso del señor Ordóñez, pues tal situación no fue acreditada en juicio; que al momento del contestar la demanda, *“había a lo sumo en la cuenta del afiliado fallecido no menos de \$500.000”*, de manera que, no habría un dinero suficiente para pagar el valor de las prestaciones económicas pretendidas.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de A.R.L. SURA y PORVENIR S.A., para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar, si como consecuencia de la declaratoria de nulidad del dictamen proferido el 16 de julio de 2015, PORVENIR S.A., debe asumir el reconocimiento de las prestaciones económicas a favor del señor Carlos Edison

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2016-00037 -01

Demandante: **A.R.L. SURÁ.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

Ordoñez; si es dable ordenar el pago de estas pese a que no fueron acreditadas en juicio; y si el pago de las prestaciones se debe realizar de conformidad con los dineros que el señor Carlos Edison Ordoñez tenía en su cuenta de ahorro individual.

### **DEL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL.**

Sabido es que Ley 100 de 1993, creó el sistema integral de seguridad social como un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, que tiene como principal objetivo, cubrir las diferentes contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica de las personas, a través de prestaciones económicas y/o asistenciales, que les garanticen la vida en condiciones dignas.

Para lograr dicho objetivo, el legislador creó tres subsistemas de asunción de contingencias: el de pensiones, el de salud y de riesgos laborales, así como el de los denominados servicios sociales complementarios.

El sistema de pensiones está compuesto de dos regímenes, el de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, y el de ahorro individual con solidaridad, a cargo de las administradoras de pensiones, principalmente, de naturaleza privadas, las que están autorizadas constitucionalmente para participar en la prestación del servicio público de seguridad social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, conforme lo prevé el artículo 48 Superior.

Se resalta lo citado porque los conflictos jurídicos de la seguridad social deben ser comprendidos y decididos dentro de la integralidad del sistema de aseguramiento y su finalidad, que no es otra que garantizar la seguridad social como servicio público y, de manera preponderante, como derecho fundamental, categoría que ha resaltado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL16786-2017, SL262-2020, SL1004-2020 y SL2992-2020, lo cual tiene soporte en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2016-00037 -01

Demandante: **A.R.L. SURA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

diferentes normas sobre derechos humanos que integran la carta superior, según el artículo 93.

Efectivamente, los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 9° del Protocolo de San Salvador y 1° del Código Iberoamericano de la Seguridad Social (aprobado por la Ley 516 de 1999), le imprimen al mencionado derecho social entidad superior, lo cual tiene razón de ser en la relación mutua y de interdependencia que encuentra con otras prerrogativas que hacen efectiva la dignidad humana, según se explicó en *«Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003»* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que citó el *«Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez, Corte I.D.H., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados»*.

En consecuencia, la garantía de la seguridad social surge como un derecho fundamental y servicio público, por lo que, en consecuencia las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica de las personas, deben ser garantizadas por los diferentes subsistemas, a través del reconocimiento de prestaciones económicas y/o asistenciales, lo que en todo caso, sea dicho de paso, debe estar acorde con las exigencias que establece el legislador.

Así mismo, es menester aclarar que el reconocimiento de dichas prestaciones económicas y/o asistenciales se hacen exigibles como consecuencia del acaecimiento de alguna contingencia, siempre que se cumplan los presupuestos legales para su reconocimiento, así por ejemplo, si acaece la contingencia de la muerte, es dable el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes si se cumplen los requisitos dispuestos por el legislador, que siendo una muerte que sobreviene en vigencia de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, habría que cumplirse los requisitos de los artículos 46 y 47 de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2016-00037 -01  
Demandante: **A.R.L. SURA.**  
Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ,  
PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

Ley 100 de 1993, como lo serían una cantidad de semanas, o un tiempo de convivencia, en caso de ser el beneficio el cónyuge supérstite.

Así las cosas, únicamente será requisito para acceder al reconocimiento de una prestación económica o asistencial, tener una suma determinada en la cuenta de ahorro individual, cuando el legislador lo disponga, como lo sería por ejemplo, para el reconocimiento de una pensión de vejez de una persona afiliada al R.A.I.S., pues de lo contrario no habrá lugar al requerimiento de requisitos adicionales, por no ser considerado de tal manera por el legislador, actuar que por demás podría estar en contravía con la garantía de constitucional de la seguridad social como derecho fundamental y servicio público, al imponerse restricciones o limitaciones de parte de éste.

#### **DEL CASO EN CONCRETO.**

En esta instancia procesal no son materia de controversia alguna los hechos relativos **i)** al fallecimiento del señor Carlos Edison Ordoñez (fl.452); **ii)** que el causante Ordoñez se encontraba afiliado para el momento del accidente a la A.F.P PORVENIR y a la A.R.L SURA (fls 25 a 31 y 159) finalmente tampoco es motivo de controversia **iii)** que el 06 de mayo de 2021, se rindió al interior del proceso judicial un nuevo dictamen por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca -Sala 2º- , en el que se determinó que el origen del accidente del señor Ordoñez **es de origen común** (fls. 483 a 500). Lo anterior por cuanto así quedó definido en la sentencia de primera instancia - punto que no fue objeto de inconformidad por las partes-.

Así las cosas, al ser un hecho en firme que el origen del accidente que sufrió el señor Ordoñez es común, resulta nítido que, el subsistema que debe entrar a reconocer las prestaciones económicas que puedan generarse con ocasión al deceso del señor Ordoñez, no es otro que el sistema de seguridad social en

pensiones, el que para el caso, es PORVENIR S.A., como entidad a la que se encontraba afiliado el causante al momento de la contingencia aseguradora de dicho riesgo; obligación que surge por mandato legal, pues ciertamente una vez acaece una contingencia, es deber de dicha administradora como garante constitucional del derecho a la seguridad, reconocer los beneficios y/o prestaciones económicas que emanan de su condición de asegurador

Así las cosas, considera la Sala acertado que el juzgador de primera instancia hubiese impuesto a dicha administradora la obligación de reconocer y pagar las prestaciones económicas a las que tuvieren derecho los beneficiarios del afiliado fallecido Carlos Edison Ordoñez, condena que, si bien se encuentra en abstracto nace como consecuencia de un deber legal que le es propio como aseguradora, por lo que se encuentra en cabeza de ésta cualquier prestación económica que surja como consecuencia del deceso aludido.

Igualmente, considera acertado la Sala que se ordenara a la A.F.P PORVENIR S.A. devolver las sumas que pudo haber cubierto la demandante A.R.L. SURA a los beneficiarios del causante de forma indexada, pues al no tratarse de una contingencia de origen laboral, no era obligación de ésta efectuar el eventual reconocimiento de tales prestaciones, pues al establecerse que aconteció el siniestro (la muerte) y que el origen del mismo es común, la llamada a responder por las prestaciones causadas, es la entidad aseguradora en pensiones -PORVENIR S.A.. -, las que en todo caso, valga decirse, deben reconocerse y pagarse previo el estudio y análisis de cada uno parámetros que el legislador dispuso para su reconocimiento.

Por tanto, y dado que se está frente a una obligación del fondo de pensiones que se deriva de su deber legal que como aseguradora tiene, pues es quien debe amparar la contingencia de muerte de origen común, la que se encuentra protegida por el sistema de seguridad social, para la Sala también es claro que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2016-00037 -01

Demandante: **A.R.L. SURA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

cualquier valor que hubiere podido pagar A.R.L. SURA debe ser devuelto o reembolsado por PORVENIR S.A., pues es su deber legal, no siendo necesario para el efecto, que se acredite de forma específica las prestaciones económicas pagadas ni las solicitudes elevadas por los beneficiarios del señor Ordoñez, pues como se ha dicho reiteradamente, la obligación de reconocer las prestaciones económicas surgen como consecuencia de un mandato legal.

Finalmente, frente al punto de alzada señalado por PORVENIR S.A., relativo a que al momento del fallecimiento del señor Ordoñez, “no había, si quiera \$500.000 en cuenta de ahorro individual”, dinero que dice resulta insuficiente para pagar el valor de las prestaciones económicas a que hubiere lugar, baste con decir , como ya se explicó en precedencia que, lo único que exige o establece el legislador para el pago de prestaciones económicas es el cumplimiento de unos determinados requisitos, por lo que, de encontrarse acreditados estos, deben concretarse en el correspondiente pago prestacional.

Aunado a ello, no se debe pasar por alto que los fondos privados deben contratar seguros previsionales con empresas aseguradoras para cubrir el capital restante al de la cuenta de ahorro individual, en caso de acaecer la invalidez o la muerte de alguno de sus afiliados. En sentencia SL2843-2020 en la que se memoró la SL5429-2014, se adoctrinó:

“Aunque lo anterior es suficiente para desestimar el cargo, pertinente es recordar que esta Sala de la Corte ya se ha pronunciado sobre el fondo del asunto que plantea la censura; baste para ello recordar lo dicho en sentencia del 10 de agosto de 2010 con radicado 36470 recientemente reiterada en sentencia del 43839 del 13 de febrero de 2013, en que también fue llamada en garantía la misma Aseguradora y aunque allí se examinó una pensión de sobrevivientes, se adecuaba al caso porque la argumentación comprende igualmente la pensión de invalidez; en esa oportunidad se dijo:

***“En el sistema de ahorro individual, es obligatoria la contratación de esta suerte de seguro, porque a diferencia de lo que sucede en el sistema de prima media con prestación definida, en el que los recursos ingresan a un fondo común, en el primero, la cuenta de cada afiliado está conformada por los***

Demandante: **A.R.L. SURÁ.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

*aportes del afiliado, y los rendimientos, y cuando éstos resultan insuficientes para financiar la prestación, **el faltante será provisto por la compañía aseguradora con la que se haya contratado el seguro.***

*Esta Sala de la Corte, ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema que ahora se debate. En sentencia de 2 de octubre de 2007, radicación 30252, se adoctrinó lo siguiente:*

*En el sub lite la Administradora de pensiones a quien se le demanda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al contestar la demanda llamó en garantía a su entidad aseguradora, y ésta al comparecer al proceso aceptó tal condición, admitió la existencia del vínculo de aseguramiento, en los términos de la 'Póliza de Seguros Previsionales de Invalidez y Sobrevivencia' (sic), aportado por la Administradora de pensiones en su contestación de la demanda.*

*El Ad quem absuelve a COLSEGUROS por entender que 'se desconoce el alcance de la obligación a la cual se ha comprometido' la entidad Aseguradora.*

*Tal desconocimiento es un yerro del Tribunal. Es la Ley de Seguridad Social Integral la que concibió el Ahorro Individual como un régimen con carácter de aseguramiento para los infortunios de la invalidez y de la muerte; **y sin duda se trata de una obligación insoslayable pues es inherente a la naturaleza del régimen de ahorro individual tomar un seguro a través de la administradora de pensiones, con un objeto definido legalmente de garantizarle al afiliado las sumas adicionales necesarias para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, como lo manda el artículo 108 de la Ley 100 de 1993**". Negrillas por la Sala.*

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **VII. COSTAS.**

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

**R E S U E L V E:**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-017-2016-00037 -01

Demandante: **A.R.L. SURA.**

Demandado: **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ,  
PROTECCIÓN S.A., y VALERY SOFIA ORDOÑEZ.**

**PRIMERO.** - **CONFIRMAR** la providencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO** - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

 *Salvo Voto*

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

## SALVAMENTO DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral  
Demandante: ARL Sura  
Demandada: Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Protección SA, Valery Sofía Ordoñez Ardila.  
Vinculada: Porvenir SA.  
Radicación: 11001-31-05-017-2016-00037-01

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto de la adoptada, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir, toda vez que considero que no había lugar a confirmar la condena impuesta a la recurrente, consistente en devolver las sumas que pudo haber cubierto la demandante a los beneficiarios del causante, en forma indexada.

Lo anterior, por cuanto de un lado, las prestaciones en el sistema pensional y en el sistema de riesgos profesionales difieren sustancialmente, desde los requisitos hasta las condiciones para su reconocimiento, y no solo respecto al obligado; así, en este caso ha de tenerse en cuenta que para la causación de la pensión de sobrevivientes de origen profesional, tratándose de muerte en accidente de trabajo, únicamente se requería la afiliación vigente a la ARL, no así un mínimo de cotizaciones, como sí se requieren en el Sistema General de Pensiones, en el que deben acreditarse un mínimo de 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la muerte, teniendo en cuenta que ésta ocurrió en marzo de 2015; requisitos de causación que no fueron materia de debate en este asunto, por lo que se desconoce si se cumplían por el causante, para generar las prestaciones que pudieran dar lugar a su pago por la AFP, en este caso de manera directa a la ARL, a título de reembolso, y en todo caso, hasta el monto al que la primera estaba obligada.

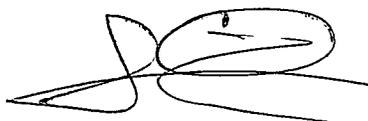
Y es que, en este punto, resulta también relevante recordar que, el monto de la pensión de sobrevivientes en el sistema general de riesgos profesionales, por muerte del afiliado, es del 75% del salario base de liquidación (art. 12 Ley 776 de 2002), y el salario base o ingreso base de liquidación es el promedio del IBC de los 6 meses anteriores a la ocurrencia del accidente de trabajo o fracción si el tiempo laborado en esa empresa es inferior (lit. a) art. 5° Ley 1562 de 2012); en cambio, en el sistema general de pensiones, el monto es el previsto en el art. 48 de la Ley 100 de 1993 (45% por las primeras 500 semanas cotizadas, más 2% por cada 50 semanas adicionales, sin que exceda del 75%) y el IBL según lo dispuesto en el art. 21 *ibidem*, esto es, con el promedio de los últimos 10 años de cotización, o menos, si el tiempo de cotización es inferior.

Salvo que se trate de prestaciones que no excedan del salario mínimo legal mensual vigente, cuyo monto en ningún caso podría ser inferior en ninguno de los mencionados subsistemas, lo anterior genera diferencias en las prestaciones que habría lugar a reconocer, que hacen que la orden dada en primera instancia constituya un desacierto, por carecer de soporte legal y del soporte probatorio suficiente, que permita establecer si había lugar a efectuar cierto tipo de compensaciones y pagos directos por un ente de seguridad social al otro, puesto que se desconocen los valores reconocidos por la demandante a los beneficiarios del causante, en tanto que ello no pasa de ser un supuesto o presunción sin soporte alguno, lo que explica que la orden dada fue completamente abstracta, y así mismo, se itera, son totalmente desconocidos al interior del proceso y ajenos al mismo, el cumplimiento de los requisitos en el sistema pensional para la causación de una prestación a cargo de Porvenir con ocasión de la muerte de origen común del afiliado.

En consecuencia, lo que correspondía era únicamente declarar el origen de la muerte, en este caso se estableció que fue común, lo que conlleva a que el responsable de las prestaciones a que haya lugar, previa acreditación de los supuestos necesarios para su reconocimiento, es la AFP a la que se encontraba afiliado el causante; y, en caso de que la ARL hubiese cancelado alguna suma de dinero con ocasión del siniestro, debió acreditarlo en el proceso, solicitando el reintegro de las sumas pagadas por quien las recibió.

Y en mi sentir, solo podría ordenarse a la AFP el pago de las mesadas pensionales que se hubieren efectivamente causado a favor de los beneficiarios del afiliado fallecido, con destino a la ARL, si ésta previamente acreditó su pago a los mismos, pero no en la cuantía pagada en el sistema de riesgos profesionales, sino en la que correspondía en el sistema pensional; sin embargo, ninguno de tales supuestos fue acreditado, por cuanto no fueron objeto del debate litigioso.

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00752 -01

Demandante: **BELKIS PARRAGA TORRES GUTIÉRREZ.**

Demandado: **AEROREPÚBLICA S.A.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **BELKIS PARRAGA TORRES GUTIÉRREZ** promovió contra **AEROREPÚBLICA S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora solicita se declare que la demandada ha incurrido en desmejoras laborales, salariales, y prestacionales, como consecuencia de un actuar discriminatorio referente a su estado de salud; y que las desmejoras aludidas son ineficaces. Como consecuencia de lo anterior, solicita se restablezcan sus condiciones laborales, salariales y prestacionales, en las cuales se encontraba antes de la afectación de su estado de salud; el reconocimiento y pago íntegro de los salarios causados, prima de servicios, cesantías,

intereses a las cesantías, vacaciones, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, y cotizaciones a seguridad social en salud desde abril de 2015 hasta la fecha en que se produzca su restablecimiento salarial.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Se vinculó a laborar al servicio de la demandada, mediante contrato de trabajo a término fijo el 09 de diciembre de 2001, como Auxiliar de Vuelo; **2)** Ha cumplido las órdenes impartidas por su empleador; **3)** Se encuentra afiliada a la Asociación Colombiana de Auxiliares de Vuelo- ACAV, por lo que es beneficiaria de las convenciones colectivas suscritas por ésta; **4)** Presenta patologías consecuencia del desempeño de su labor, tales como, Condromalacia bilateral, fibromialgia, y hernias discales; las que no han permitido el desempeño de su cargo de Auxiliar de Vuelo; **5)** Su estado de salud ha desmejorado progresivamente, pues también ha presentado episodios que han requerido tratamiento psiquiátrico; **6)** El 16 de febrero de 2015 la demandada llamó a la actora para que suscribiera otro sí, en el que además de efectuarse su reubicación laboral, se desmejoraba su ingreso salarial; acuerdo que no suscribió; **7)** Ante la negativa de la trabajadora, la demandada modificó unilateralmente el contrato de trabajo, disminuyendo su ingreso salarial en más del 50%.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

**AEROREPÚBLICA S.A.** (fls. 372 a 397), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, pago, compensación, prescripción, buena fe de mi representada, enriquecimiento sin causa, y la genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00752 -01  
Demandante: **BELKIS PARRAGA TORRES GUTIÉRREZ.**  
Demandado: **AEROREPÚBLICA S.A.**

Aceptó la existencia del contrato de trabajo, la fecha del inicio del mismo y que el cargo a desempeñar sería el de auxiliar de vuelo. Negó los demás hechos.

Como argumento de su defensa manifestó que con ocasión del estado de salud de la actora, por recomendación médica y en virtud de que la Aeronáutica Civil mediante la Resolución N° 02455 del 09 de mayo de 2014 canceló el certificado de vuelo de la actora, se hizo necesaria su reubicación laboral como Auxiliar Administrativo de Infraestructura, pues no podía desempeñar el cargo de Auxiliar de Vuelo, al no poder ser parte de la tripulación de la cabina de pasajeros; que por lo anterior, la actora dejó de percibir los auxilios de alimentación y de transporte, pues son beneficios que se reconocen por convención sólo a los miembros de una tripulación, y que se pagaban por la operación propia de ésta en los vuelos; que ha pagado los salarios, prestaciones sociales, y vacaciones en armonía con el cargo que desempeña la accionante; y que las patologías de la actora son de origen común según el dictamen proferido por Seguros de Vida Alfa S.A. el 19 de diciembre de 2017.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de la providencia del 03 de septiembre de 2021, mediante la cual dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió el A Quo, que no existió controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes; que para que la demandante pudiera desempeñar el cargo de Auxiliar de Vuelo, era necesario que cumpliera con los parámetros requeridos por la Aeronáutica Civil para el desempeño de tal cargo, no obstante, fue declarada no apta el 07 de mayo de 2014, cancelándose su certificado de vuelo, lo que se notificó el 13 de junio de 2014; que aunado a lo anterior, se profirieron por parte de CAFESALUD E.P.S. diversas recomendaciones para los años 2010, 2012 y 2014, en las que se

indicaba que la actora debía ser reubicada; que por lo anterior, es claro que la demandante no podía seguir laborando el cargo de Auxiliar de Vuelo, siendo reubicada el 01 de abril de 2015, actuar ajustado a sus condiciones de salud; que del acervo probatorio, así como de la documental allegada, es dable establecer que no existe cambio en el salario de la demandante, únicamente cambiando en cuanto al nombre, pues antes de abril de 2015, lo componían dos conceptos, salario y alzada, los que se unificaron a partir de tal data; que los valores pagados por concepto de auxilios de alimentación y transporte, se reconocían únicamente a quienes hacían parte de la tripulación en un vuelo, y para solventar las necesidades en tales aspectos que surgían como consecuencia de esta función; que de conformidad con la misma convención colectiva de trabajo tales auxilios no constituían salario; y que la decisión de la Aeronáutica Civil conlleva a que no sea viable el reconocimiento de los auxilios aludidos, pues la actora dejó de hacer parte de una tripulación de vuelo, lo que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en donde se señaló que la actora no podía seguir ejerciendo funciones de vuelo.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

La **parte actora** manifestó que está acreditado el contrato de trabajo entre las partes, que desempeñaba el cargo de Auxiliar de Vuelo, y que la demandante empezó a presentar episodios de ansiedad, trastornos depresivos; que también está demostrado que la actora presentaba problemas de salud en sus miembros inferiores, los que eran consecuencia de los repetidos movimientos que realizaba, y el aumento de su carga laboral por más de diez años; que lo dicho generó que la actora fuera relevada de su cargo de Auxiliar de Vuelo, estando al día de hoy, con tratamiento y ejerciendo labor en tierra; que como consecuencia de lo anterior le ofrecieron a la actora otro sí a un contrato de trabajo, el cual no firmó, y en consecuencia el empleador procedió unilateralmente, el 16 de febrero de 2015, a su reubicación, con la consecuente desmejora de sus condiciones laborales en un

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00752 -01  
Demandante: **BELKIS PARRAGA TORRES GUTIÉRREZ.**  
Demandado: **AEROREPÚBLICA S.A.**

60% aproximadamente; que tales condiciones sólo podían ser desmejoradas entre las partes, dado el carácter bilateral y consensual del contrato de trabajo; que la reubicación resultó lesiva, pues los conceptos de alzada y beneficios extralegales se le reconocían a auxiliares de vuelo, los que debieron mantenerse, ya que, la actora no podía ejercer el cargo de Auxiliar de Vuelo por razones ajenas a ella; que por lo anterior, el actuar de la empresa es ineficaz, pues se vulneran derechos de estabilidad laboral reforzada, siendo criterios para reubicar a un trabajador, que éste siga gozando de todos o de mejores beneficios que se desprenden de la ejecución de su cargo, que pueda ejercer funciones acordes con su situación de salud, ser capacitada, y en general cualquier derecho a trabajar en condiciones de igualdad y dignidad.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de la parte actora, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar: i) si la reubicación realizada por el empleador es discriminatoria y; y ii) si hay lugar a nivelar el salario de la demandante, al dejar de pagarse los emolumentos

que antes recibía por los conceptos denominados “alzada”, y auxilios de transporte y alimentación.

En cuanto a la **reubicación de un trabajador por sus condiciones de salud**, este tiene su génesis en el derecho a la estabilidad laboral reforzada que tienen los trabajadores que por algún motivo vean menguadas sus condiciones físicas o psíquicas por una enfermedad o accidente y, por lo tanto, se encuentran en situación de debilidad manifiesta o de discapacidad a la reubicación laboral. En efecto, el derecho a la estabilidad laboral reforzada no puede entenderse únicamente como la limitación que existe para retirar al trabajador que ha sufrido una disminución en su estado de salud, sino también como la posibilidad que tiene ese trabajador de ser reubicado en un puesto que pueda desempeñar conforme a sus condiciones de salud.

En ese sentido, el artículo 8 de la Ley 776 de 2002 establece lo siguiente:

**“Artículo 8. Reubicación del trabajador.** Los empleadores están obligados a ubicar al trabajador incapacitado parcialmente en el cargo que desempeñaba o a proporcionarle un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes, para lo cual deberán efectuar los movimientos de personal que sean necesarios.”

Lo anterior significa que frente a una enfermedad o accidente, el trabajador puede continuar desempeñando su labor o se le podrá asignar una diferente en iguales o mejores condiciones, situación que encuentra fundamento en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, así como en los derechos al trabajo y a la dignidad. En ese sentido, *“la reubicación laboral es una forma de conciliar los intereses de ambas partes (trabajador y empleador), en tanto que se le permite a la persona afectada en su salud potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, pese a la condición que le sobrevino y, a la empresa o entidad, maximizar la productividad de sus funcionarios”* (T-203 de 2017).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00752 -01  
Demandante: **BELKIS PARRAGA TORRES GUTIÉRREZ.**  
Demandado: **AEROREPÚBLICA S.A.**

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido unos parámetros que deben regir las reubicaciones laborales, tales como: i) Gozar de todos los beneficios que se desprenden de la ejecución de su trabajo; ii) Permanecer en su cargo mientras no se configure una causal objetiva que justifique su desvinculación; iii) Desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; iv) Obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes, es decir, de ninguna manera el nuevo cargo podrá derivar en la violación de su dignidad o en la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital; v) Recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; y vi) Obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes (sentencias T-263 de 2009 y T-960 de 2009 y T- 203 de 2017, entre otras).

Así las cosas, el nuevo cargo que desempeñe el trabajador reubicado deberá, entre otras cosas, permitirle gozar a éste de todos los beneficios que se desprendan de la ejecución de dicha labor, pues no puede ser inferiores a lo que tenía en el cargo anterior, sino que deberán ser iguales o superiores, puesto que la reubicación no puede desencadenar en una vulneración a los derechos a la vida digna y el mínimo vital.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4362-2020, explicó que para verificar si se incurre en discriminación salarial, debe contrastarse el salario del trabajador antes de su reubicación con el que se reconoce a partir de tal momento:

“En efecto, fue suficientemente demostrado en el proceso y aceptado por las partes, que la razón por la cual el demandante devengaba un salario de \$1.670.600 mientras que el trabajador de referencia, con el mismo cargo, percibía \$5.550.000, correspondió a que cada uno de ellos ejecutaba una labor distinta antes de desempeñarse como «auxiliar de seguridad industrial» todo lo cual les procuraron una variación de salario que estuvo atada a aquellas condiciones.

En efecto, con claridad advierte la Sala que la remuneración que tenían guardaba relación intrínseca y directa con las **condiciones de eficiencia y desempeño que demostró cada uno de ellos antes de ocupar el cargo que devino para su propia protección constitucional por sus situaciones particulares de salud.** Luego, precisamente ese ingreso salarial que estuvo atado a las particularidades de cada trabajador fue lo que se reflejó en el escenario de la reubicación funcional, de modo que aquel dependía de lo que cada uno de ellos hicieron y no de la voluntad autónoma del empleador y su potestad de asignar el precio del trabajo.

También quedó demostrado sin controversia, que precisamente **con ocasión de una reubicación por motivos de afectaciones en la salud con base en las recomendaciones médicas expedidas por la EPS de cada trabajador -las cuales fueron acatadas por la empresa en desarrollo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997-, cada uno mantuvo el promedio de los ingresos que tenía cada uno de ellos al momento de realizarse la reubicación.**

Para la Sala entonces, no hubo un motivo caprichoso, arbitrario o protervo para que un trabajador tuviera una asignación salarial distinta de otro que ejecutaba nominal y materialmente su misma actividad. **Lo que verdaderamente se desprende de la decisión empresarial fue la excepcionalidad que supuso la reubicación de los trabajadores en atención a sus circunstancias de salud y que, precisamente por tal situación exceptiva, no podían ser afectados con una disminución o modificación del salario previo a la reubicación ya mencionada.**

Contrario a lo sostenido por el recurrente, los cambios que hizo el empleador estuvieron precedidos de una actuación fundada en una obligación legal –el artículo 26 de la Ley 361 de 1997- y los principios constitucionales de *solidaridad* e *igualdad* que subyacen a aquella.

Siendo ello así, la remuneración del recurrente en el cargo de «*auxiliar de seguridad industrial*» y **mientras duraba su asignación en el mismo por virtud de la reubicación por condiciones de salud, estuvo intrínsecamente asociada a su propia situación, en la que cobraba importancia el nivel de ingresos anterior al traslado.**

Igual situación se predica del trabajador Carlos Vega, con quien el demandante se compara, de modo que la pretensión de nivelación esgrimida no puede estar legítimamente fundada en las condiciones particulares subjetivas de aquel.

Dicho de otra manera, las condiciones de remuneración de los dos trabajadores estuvieron asociadas exclusivamente en el nivel de ingresos individual y propio que se mantuvo *durante* el período de estabilidad laboral reforzada, por lo que para la Sala no existe una motivación discriminatoria en la asignación de cada ingreso salarial”. Negrillas por la Sala.

Por otra parte, y en lo referente a **la incidencia de la titularidad de un certificado médico para poder volar**, se advierte que la “Convención sobre Aviación Civil Internacional”, aprobada en Colombia mediante Ley 12 de 1947 y promulgada mediante Decreto 2007 de 1991, establece frente a dicho instrumento lo siguiente:

**“ARTÍCULO 32. LICENCIAS DEL PERSONAL.**

**(a)** Los pilotos y los **demás tripulantes** de toda aeronave que se dedique a la navegación internacional estarán provistos de **certificados de competencia** y licencias expedidos [y] validados por el Estado en que esté matriculada la aeronave.

**(b)** Cada Estado contratante se reserva el derecho de no aceptar, cuando se trate de vuelos sobre su propio territorio, certificados de competencia y licencias otorgados a sus nacionales por otro Estado contratante.” (Negrillas por la Sala).

En ese sentido, para la Sala es claro que la posibilidad de desplazarse por el espacio aéreo internacional supone unas condiciones o exigencias trazadas por la Comunidad internacional y la posesión de la licencia supone una garantía de pericia y suficiencia en la tarea desempeñada.

Así, es entendible que la normativa emanada de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, ordene el porte de la licencia de vuelo y, su correspondiente certificado médico de soporte; en el entendido que tales credenciales dan fe de la referida suficiencia profesional que se espera de quienes comandan el destino del avión y, en especial, de aquellos que como pasajeros le están confiando sus vidas.

Es por lo anterior, que al estudiarse la constitucionalidad de los artículos 11 y 12 del Decreto Ley 1282 de 1994 “*Por el cual se establece el Régimen pensional de los Aviadores Civiles*” y el inciso primero del artículo 3 del Decreto Ley 1302 de 1994 “*Por el cual se adiciona el Régimen Pensional de los Aviadores Civiles*”, la H. Corte Constitucional en sentencia C-335 de 2016 señaló que “*la ausencia de la licencia, le cercena de tajo al afectado la posibilidad de ejercer su profesión. Esto es, la pérdida del documento no comporta una disminución gradual de la actividad, sino que lo excluye del pilotaje, pues, como se advierte en la*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00752 -01  
Demandante: **BELKIS PARRAGA TORRES GUTIÉRREZ.**  
Demandado: **AEROREPÚBLICA S.A.**

*normatividad mencionada, sin la licencia de vuelo y su respectivo soporte médico, el afectado queda desautorizado para llevar a cabo las tareas propias de la aviación. Lo severo de esta medida se explica por los importantes valores y responsabilidades que involucra, mas ello, no se constituye en razón para ignorar la gravedad de las consecuencias que en esa circunstancia devienen para el trabajador privado del ejercicio de su profesión”.*

Por tanto, y ante el acaecimiento de la pérdida de la licencia de vuelo, resulta razonable que el empleador realice la reubicación del trabajador, y busque a través de este medio conciliar los intereses de ambas partes (trabajador y empleador), permitiéndole al trabajador potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, y, a la empresa maximizar la productividad de sus funcionarios.

#### **DEL CASO EN CONCRETO.**

##### **De lo probado en el proceso:**

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a : **i)** La existencia del contrato de trabajo suscrito entre las partes a término fijo como Auxiliar de Vuelo el 09 de diciembre de 2001, (fls.233 y 268 a 273); **ii)** La afiliación de la actora a ACAV desde el 03 de junio de 2008 (fl.124); **iii)** Las diversas recomendaciones médico laborales por su condición de salud efectuadas por parte de CAFESALUD E.P.S., en fechas 28 de octubre de 2010, 19 de agosto, 16 de noviembre de 2011, 20 de febrero, 17 de mayo, 17 de agosto de 2012, 14 de febrero de 2013, 28 de febrero de 2014, 20 de agosto de 2015, por presentar diagnóstico de condromalasia patelar bilateral, secuelas artroscopia bilateral para condroplastia, sinovectomía, y remodelación meniscal, artrosis patelofemoral bilateral, fibromialgia; recomendaciones por las que el empleador hizo resignaciones temporales y tuvieron seguimiento de parte de la A.R.L. Sura (fls. 208, 218 a 223, 433 a 444, 462 a 468); **iv)** La

determinación por parte de la A.R.L SURA de las patologías tendinitis de flexoestensores de manos, y epicondilitis bilateral derecha como de origen común (fls. 216 y 217); **v)** Que la Junta Médica de la Aeronáutica Civil, mediante Resolución 02455 del 09 de mayo de 2014, declaró a la accionante no apta para realizar actividades aeronáuticas como Auxiliar de Servicios a Bordo, lo que se notificó por aviso el 13 de junio de 2014 (fls. 197 a 204); **vi)** La reubicación de la demandante a partir del 16 de febrero de 2015, en el cargo Auxiliar Administrativo de Infraestructura, en virtud de su condición de salud y por no tener licencia de vuelo (fls. 209 a 214); **vii)** El 17 de febrero de 2015 se informó a la demandada la cancelación de la certificación aeroméica a la actora (fl.386); **viii)** El salario de la actora para marzo de 2015, el cual estaba compuesto por un salario de \$598.952, y una alzada de auxiliares de \$552.574, así como auxilios extralegales de alimentación y transporte (fls.235 a 237); **ix)** La expedición por parte de CAFÉ SALUD E.P.S de concepto desfavorable de rehabilitación de la actora 02 de julio de 2017 el (fls.336 a 338; **x)** El dictamen en firme expedido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez, que dictó una de pérdida de capacidad laboral de la demandante del 38,60%, de origen común, y con fecha de estructuración 20 de diciembre de 2018 (fls. 481,482, 1071 a 1080 y 1105 a 1119); y **xi)** finalmente que al interior de la demandada opera la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre ésta y el ACAV y que la demandante es beneficiaria de dicho acuerdo convencional, pues se pagaba a todo tipo de tripulante de cabina de la empresa demandada (fls 1084 a 1101).

Al proceso se arrimó, adicional a la documental obrante a folios 43 a 341, 398 a 1058, 1066 a 1101, y 1105 a 1119, las declaraciones de **Luis Fernando Galindo Gómez, Amparo Guzmán Torres, y Camilo Andrés Arias Arévalo**, quienes manifestaron:

**Luis Fernando Galindo Gómez** afirmó ser médico, cirujano y especialista en medicina laboral y de aviación; que se

desempeña como Jefe de Seguridad y Salud en el trabajo de AEROREPÚBLICA S.A. desde marzo 28 del 2014; que ha hecho seguimiento al caso de la demandante; que el 04 de marzo de 2014 Aerocivil le suspendió el certificado médico a la actora, y posteriormente, el 17 de febrero de 2015, el mismo fue cancelado; que por diferentes patologías que presentaba la accionante fue calificada el origen de su capacidad laboral, señalándose un PCL del 34.6% de origen común; que de parte de la E.P.S. Cafesalud se recibieron recomendaciones médicas, las que se tuvieron en cuenta para hacer la reincorporación y la reubicación de la demandante; que la demandante se reubicó en un área administrativa dentro de las instalaciones de la empresa; que las recomendaciones médicas de la actora se dieron era razón de su patología de rodilla, miembros superiores, y una patología mental, además tenía restricciones de no arrodillarse, de no subir ni bajar escalares, de no manejar cargas y no levantar objetos pesados; que la demandante ha estado incapacitada alrededor de 698 días; que siempre se ha realizado un seguimiento a la actora de acuerdo con las recomendaciones emitida con la E.P.S.; y que por reglamentación Aeronáutica el RAC 67, la suspensión del certificado médico o cancelación de este, puede abrir un proceso de reubicación.

**Amparo Guzmán Torres** señaló que es la Gerente de Compensación y Beneficios de AEROREPÚBLICA S.A.; que en la empresa se ha reconocido mes a mes el salario de acuerdo al mandato legal, y la evolución médica de la demandante; que la ley establece que se deben efectuar pagos porcentuales de acuerdo al estado de las incapacidades de la persona, y de acuerdo a la cantidad de días de incapacidad y los porcentajes que se deben pagar de conformidad con lo que establece la ley; que a la actora se le pagaba un sueldo y un concepto denominado *alzada*, ambos con efectos salariales; que cuando una persona entra en proceso de reubicación por un estado médico que no le permite ejercer su función, se juntan los dos conceptos, y se pagan como sueldo; que cuando existe un certificado de suspensión emitido por la Aeronáutica Civil o de cancelación por motivos médicos, se busca otra área dentro de la compañía, un lugar donde el trabajador pueda mantener la condición salarial,

y donde pueda desempeñarse de acuerdo a las restricciones médicas que le hayan dado; que la reubicación de la actora se hizo en febrero de 2015; que fueron más o menos dos meses que tomó el proceso entre la notificación del proceso de reubicación, y el reporte como tal para el pago; que ese es un proceso administrativo, donde inicialmente el Comité revisa las reubicaciones, se reúne, revisa las mejores circunstancias para poder reubicar, y se define si el salario de tripulante es equivalente a las funciones que quedan asignadas, luego, pasa al área de operaciones de recursos humanos, se hace el reporte de la novedad, y después de eso, pasa a nómina; que puede que ese proceso demore de un mes a mes y medio; que a los tripulantes se le reconocen auxilio transporte y de alimentación, ambos son beneficios convencionales que están dados para el nombre del cargo, están dados por la convención y allí se establece que no son salariales; que esos beneficios se pagan como consecuencia de ser tripulante de cabina o tripulante jefe de cabina; que el concepto de *alzada* es un pago salarial que lo que hace es reunir como el tiempo suplementario que puede generar un tripulante; que el concepto de *alzada* no se ha venido pagando a la demandante como tal, pues quedó inmerso en su salario; que el concepto de *alzada* solamente se usa para el tripulante; y que ha pasado, la posibilidad de volver a pagar los valores como previamente estaban establecidos, en caso de que la persona vuelva a tener su certificado médico.

Finalmente, **Camilo Andrés Arias Arévalo** señaló que es Jefe de Tripulantes; que las funciones de tripulante de cabina de pasajeros están relacionadas con funciones de seguridad en la cabina del avión, donde tienen que realizar la previsión de vuelo, del equipo de emergencia, funciones de servicio, y sobre todo estar preparado para atender cualquier eventualidad que llegase a presentarse en el vuelo; que un tripulante de cabina para ejercer sus funciones debe realizar unos cursos iniciales, que le permiten calificarse como una persona apta, además de los posteriores entrenamientos con cursos relacionados con estos temas técnicos; que también reciben anualmente capacitaciones en seguridad y salud en el trabajo, temas de servicios y demás;

que la Aeronáutica Civil y el médico certificador señalan las aptitudes para ejercer las funciones; que se requiere el certificado para ejercer las funciones de tripulante de cabina, y una licencia de tripulante de cabina que emite la Aeronáutica Civil; que la compañía no tiene alguna incidencia dentro de este trámite de la certificación médica por parte de la Aeronáutica Civil; que los certificados médicos se suspenden, y aunque se pueden volver a reactivar, entiende que una vez cancelados no se pueden reactivar; que no fue jefe de la actora; y que el concepto dealzada es un valor adicional, que busca compensar las horas extras, para garantizar un salario global.

Pues bien. Sentadas las anteriores premisas, y del acervo probatorio reseñado, se observa que, por lo menos desde el 28 de octubre de 2010, la trabajadora venía presentando un deterioro en sus condiciones de salud, pues desde tal fecha ya contaba con recomendaciones de parte de CAFESALUD E.P.S., por cuanto padecía un mal alineamiento del patelo femoral bilateral, y artrosis incipiente de rodillas; condición que progresivamente generó un diagnóstico de condromalasia patelar bilateral, secuelas artroscopia bilateral para condroplastia, sinovectomia, y remodelación meniscal, artrosis patelofemoral bilateral, fibromialgia (fls. 208 y 218 a 223).

Igualmente, observa la Sala que ante la existencia de tales patologías, Mediante la Resolución 02455 del 09 de mayo de 2014, la Junta Médica de la Aeronáutica Civil declaró a la accionante no apta para realizar actividades aeronáuticas como Auxiliar de Servicios a Bordo, y que el 17 de febrero de 2015 se informó a la demandada la cancelación de la certificación aeromédica a la actora, lo que impedía que ejerciera actividades de vuelo (fl.386).

Entonces, lo primero que advierte la Sala es que son dos las razones por las que AEROREPÚBLICA S.A. determinó el 16 de febrero de 2015 la reubicación de la demandante como Auxiliar de Vuelo a Auxiliar Administrativo de Infraestructura: la primera, debido a las recomendaciones efectuadas por la E.P.S., debido a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00752 -01  
Demandante: **BELKIS PARRAGA TORRES GUTIÉRREZ.**  
Demandado: **AEROREPÚBLICA S.A.**

sus condiciones de salud y segundo, por la cancelación de su certificado médico de vuelo por parte de la Aeronáutica Civil (fls. 209 a 2011).

Así las cosas, no considera la Sala que la decisión del empleador fuera discriminatoria, por el contrario se observa que el empleador acudió a la figura de la reubicación con la finalidad de conciliar los intereses de su trabajador con sus propios intereses, permitiéndole al trabajador potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, pese a existir un detrimento en su condiciones de salud.

Al respecto, el testigo **Luis Fernando Galindo Gómez** en su condición especialista en medicina laboral y de aviación, señaló que las patologías de la actora se presentaban principalmente en rodilla y miembros superiores, por lo que, no podía subir ni bajar escaleras, manejar cargas, ni levantar objetos pesados; aspectos que hacían parte de las funciones de un tripulante de cabina de pasajeros, pues según el dicho del testigo **Camilo Andrés Arias Arévalo**, están relacionadas con funciones de seguridad en la cabina del avión, donde tienen que realizar previsión de vuelo, del equipo de emergencia, funciones de servicio, y sobre todo estar preparado para atender cualquier eventualidad que llegase a presentarse en el vuelo.

En igual sentido, en dictamen del 27 de noviembre de 2019, la Junta Nacional de Calificación de invalidez, señaló que se estaba frente a una enfermedad de origen común, y que respecto de la actora, *“se trata de un paciente que con sus deficiencias actuales tiene limitación moderada para la movilidad, los desplazamientos, para asumir, tareas domésticas y del cuidado personal, requiriendo uso de apoyo externo. Su rol corresponde a CAMBIO DE OCUPACIÓN, pues no puede desempeñar su trabajo como auxiliar de vuelo, pudiendo realizar otra labor que no exija movilidad constante y que pueda desempeñar con su capacidad de trabajo actual. Tiene autosuficiencia reajustada 21.0%”*. (fls. 1105 a 1119); apreciación que también fue resaltada por el **galeno**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00752 -01

Demandante: **BELKIS PARRAGA TORRES GUTIÉRREZ.**

Demandado: **AEROREPÚBLICA S.A.**

**Emilio Luis Vargas Pájaro** al momento de ofrecer su experticia y efectuar las aclaraciones de rigor sobre el dictamen aludido.

Por tanto, se evidencia que la actora cuenta con un impedimento médico que no le permite ejercer las labores de tripulación de cabina, por lo que resultaba imperativo que el empleador tomara las medidas necesarias para lograr su cuidado, motivo por el que la decisión de reubicación de la actora no resultaba de ninguna manera caprichosa, y en vez de ser discriminatoria estaba dirigida a salvaguardar su derecho fundamental a la salud; reubicación que cobraba mayor relevancia si se tiene en cuenta la limitación de movilidad y la imposibilidad de desplazamiento que tal situación le generaba para desempeñar su labor, pues conforme a los requerimientos que traza la Comunidad internacional se necesitaba que la trabajadora gozara de la suficiencia profesional propia de la que se espera de quien comanda el destino del avión y, en especial, de aquellos que como pasajeros le están confiando sus vidas.

Así las cosas, se itera la reubicación ante la situación de salud de la actora resultaba una medida razonable para salvaguardar su salud, y a la par, que se brindara en condiciones óptimas, el servicio de aviación que presta la demandada, escenario en el que no era necesario ningún tipo de estipulación consensual de las partes, pues el empleador goza de la facultad del *ius variandi*, esto es, *“la facultad que tiene el empleador de variar o modificar unilateralmente las condiciones iniciales del contrato de trabajo”*; facultad que en todo caso y de ningún modo puede ser arbitraria y en detrimento especialmente de las condiciones salariales y prestacionales de su trabajadora.

Al respecto la Sala se remite a la documental de folios 595 a 616 prueba de la cual se evidencia que la medida de reubicación de la accionante tuvo efectos salariales y prestacionales a partir de abril de 2015, fecha a partir de la cual, dejó de percibir el rubro denominado *“alzada”*; no obstante, tal circunstancia no puede entenderse como una medida que fue en detrimento de las condiciones salariales de la demandante, pues

luego de la reubicación, tal rubro fue agregado al de salario; nótese cómo, para abril de 2015, la demandante devengaba un salario de \$598.952, y una alzada de \$552.574, y posteriormente a su reubicación, se reconoció una suma de \$1'151.526 (sumatoria de los rubros anteriormente mencionados) y para agosto de 2015 \$1'193.700 (ver folios 233, 234, y 595 a 616).

Tal evidencia probatoria se apoya, además, en la declaración de la testigo **Amparo Guzmán Torres**, quien informó que a la actora se le pagaba un sueldo y un concepto denominado alzada, ambos con efectos salariales; que la alzada busca compensar tiempo suplementario laborado y por tal razón se paga tripulantes de vuelo; y que cuando una persona entra en proceso de reubicación por un estado médico que no le permite ejercer tal función, *se juntan los dos conceptos*, y se pagan como sueldo, pues sólo se pagan en razón de tal cargo.

Así mismo, encuentra la Sala que la demandante devengaba **auxilios de alimentación y de transporte**, los que según lo informado por la testigo aludida, eran de carácter extralegal. De esta manera, la Sala se remitió a la Convención Colectiva de Trabajo 2008, cláusulas octava y novena, evidenciando que tales rubros no tiene carácter de salarial, y únicamente se reconocen a los auxiliares de vuelo (fls. 1084 a 1101). Aunado a ello, el laudo arbitral proferido el 14 de julio de 2014, que no fuera anulado por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, siguió manteniendo su carácter de no salarial según lo dispuesto por las mismas partes del conflicto colectivo (fls.487 a 510), por lo que en tales condiciones no es dable atribuirle tal característica, máxime si se tiene en cuenta que en dicho de la testigo Amparo Guzmán Torres, se pagaba para remunerar la alimentación y el transporte en que incurrían los tripulantes de cabina como consecuencia de sus vuelos, de modo que no tenía como fin la contraprestación de sus servicios.

Conforme a lo expuesto, considera la Sala que no es dable tener la falta de reconocimiento de los auxilios de alimentación y de transporte como una desmejora, pues al no ejercer labores de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00752 -01  
Demandante: **BELKIS PARRAGA TORRES GUTIÉRREZ.**  
Demandado: **AEROREPÚBLICA S.A.**

vuelo, y causarse tales auxilios como consecuencia de estas funciones, resulta razonable que no se efectúe su pago. Igualmente, la Sala considera que no se está frente a un desmejoramiento de las condiciones salariales de la trabajadora, pues aunado a que no es salario, no se pagaba con el fin de incrementar su patrimonio, por lo que, no es resulta viable predicar que este pueda verse afectado con su falta de reconocimiento.

Así las cosas, no se evidencia que el actuar de la empresa demandada sea arbitrario, ni mucho menos discriminatorio, por el contrario, lo que se observa es que ésta intentó situar en condiciones de igualdad a su trabajadora.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **VII. COSTAS.**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO** - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00752 -01

Demandante: **BELKIS PARRAGA TORRES GUTIÉRREZ.**

Demandado: **AEROREPÚBLICA S.A.**

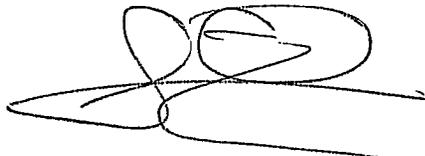
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como estudiar en Grado Jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. restituya los valores que hubiere recibido, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

rendimientos; y que COLPENSIONES la reciba como afiliada, reciba los valores que traslade PORVENIR S.A., y contabilice las semanas cotizadas por la demandante en el R.A.I.S.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 107 a 120), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 139 a 154), también se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la mayoría de hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 11 de octubre de 2021, declarando ineficaz el traslado efectuado por la demandante al R.A.I.S.; ordenado que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexados, al momento de realizarse la transferencia; y que COLPENSIONES reciba los dineros provenientes de PORVENIR S.A., y efectúe los ajustes a la historia laboral de la actora. Condenó en costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$1'000.000.

### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

**PORVENIR S.A.**, dijo que la decisión afecta principios tales como la confianza legítima y la sostenibilidad financiera, toda vez que el formulario de afiliación era el documento con el que se acreditaba la libre decisión de escogencia de régimen pensional, el que no fue tachado de falso, cumple los criterios del Decreto 692 de 1994; que afecta la sostenibilidad financiera dado que se omite la prohibición legal de retorno, pues ya supero la edad para retornar, estando la actora en la posibilidad de solicitar información, por demás que el fondo entregó extractos, aportes en régimen de prima media, no obstante, es por la falta de diligencia de la demandante que se arriba a la conclusión de declarar una ineficacia de traslado, pues ésta incumplió con sus obligaciones como consumidora financiera; y que se debe revocar la condena a la devolución de gastos administración, pues no financian la pensión, se generaron rendimiento, se cumplió a cabalidad con la administración por parte del fondo, y un criterio contrario generaría un enriquecimiento sin justa causa.

**COLPENSIONES**, por su parte, señaló que del interrogatorio de parte se logra extraer que la actora contaba con estudios jurídicos, entendía las consecuencias de la suscripción del acto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

de afiliación; que la actora no fue engañada, fue ella quien decide de forma libre y voluntaria afiliarse; que aunado a lo anterior, la actora no era beneficiaria del traslado, por lo que, no era dable aceptar su traslado; y que en interrogatorio de parte, la actora dijo que el interés de la acción es lo netamente económico.

## **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **INEFICACIA DEL TRASLADO.**

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

**a) Sobre el deber de información,** en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
--------------------------	--	--

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009  Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

**b) En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

**c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:**

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores,** quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

**e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos,** la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

**f) Respecto de los actos de relacionamiento,** la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte

necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

### **CASO CONCRETO.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 01 de noviembre de 1998 efectuó aportes, según la historia laboral obrante en el medio óptico de folio 122; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 25 de septiembre de 2001 (fl. 172); **iii)** Se trasladó dentro del R.A.I.S., de PORVENIR S.A., a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 26 de junio de 2003 (fl. 173); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 17 de octubre de 2019, ante COLPENSIONES, la que respondió de forma negativa tal solicitud (fls. 25).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Pues bien. A folio 172 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 25 de septiembre de 2001 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, nótese que, según su dicho ni siquiera recibió asesoría de parte de alguno de los fondos privados donde estuvo afiliada; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en las prueba arrimadas al proceso, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora GUERRERO LÓPEZ en el traslado que ésta realizó el 25 de septiembre de 2001, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el I.S.S.-hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, y comisiones, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (ver al respecto SL 1688-2019 Rad. 68838)

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

#### **VII. COSTAS.**

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia** a fin de **ADICIONAR** que, dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, y comisiones, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**

**SEGUNDO.** – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

**TERCERO.** – Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-024-2019-00706 -01.

Demandante: **JULIA ELENA GUERRERO LÓPEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



*Aclaro voto*

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES y PORVENIR S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

## ACLARACIÓN DE VOTO

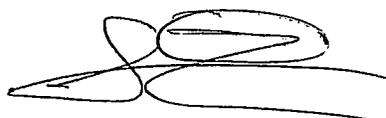
Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Julia Elena Guerrero López  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-024-2019-00706-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00257 -01  
Demandante: **ANA TERESA MONTERO SALCEDO**.  
Demandado: **COLPENSIONES**.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, así como estudiar en Grado Jurisdiccional de Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **ANA TERESA MONTERO SALCEDO** promovió contra **COLPENSIONES**.

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente, a partir del 17 de junio de 2005. Igualmente, solicita intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demanda argumentó que: **1) Convivió con Antonio Gastelbondo Manchego**

en unión libre desde 1986 hasta el 17 de junio de 2005, compartiendo techo, lecho, y mesa; **2)** Con el señor Gastelbondo tuvo tres hijos, Yesid Javier, Leslye Melissa, y Yisad Jair Gastelbondo Montero; **3)** Antonio Gastelbondo falleció el 17 de junio de 2005; **4)** El causante cotizó dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento, 77 semanas; **5)** Solicitó la pensión de sobrevivientes pero fue negada mediante Resolución 04084 del 06 de marzo de 2008, reconociéndose indemnización sustitutiva; **6)** Presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, empero a través de las Resolución 2773 del 23 de octubre de 2009, se confirmó la decisión inicial; **7)** El 25 de mayo de 2017, radicó nueva reclamación administrativa al considerarse que la historia laboral del causante presentaba inconsistencias, atendiendo al periodo faltante de la Empresa Servitec Ltda. entre el 09 de enero y el 31 de junio de 2005; **8)** Solicitó en varias ocasiones el inicio de las acciones de cobro por los tiempos laborados por el actor en la Empresa Servitec Ltda., aportando la correspondiente documental para lograr el pago de la prestación; **9)** COLPENSIONES en la Resolución SUB 165834 del 18 de agosto de 2017 negó la pensión de sobrevivientes, aduciéndose que el causante no contaba con el número de semanas mínimo para acceder al derecho; **10)** En la Resolución SUB 25839 del 30 de enero de 2018, COLPENSIONES evidenció que la disminución en las semanas cotizadas para los años 2004 y 2005, tienen la anotación "No Vinculado Traslado al RAI"; y **11)** COLPENSIONES a través de la Resolución DIR 5654 del 16 de marzo de 2018, negó nuevamente la pensión, señalando que las semanas sí existieron pero no que aún no estaban cargadas a la historia laboral.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 88 a 94), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que

denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Manifestó que la demandante debe acreditar que convivió con el demandante durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento de éste, así como 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 14 de septiembre de 2021, dictó **sentencia condenatoria** en la que declaró que a la demandante le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del causante Antonio Gastelbondo Manchego. Condenó en consecuencia a COLPENSIONES a reconocer y pagarle a la demandante la pensión de sobrevivientes, a partir del 20 de junio de 2014 con una mesada equivalente a 1 SMLMV y por 14 mesadas al año, así como al pago de la suma de \$81'694.793, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 20 de junio de 2014 al 30 de agosto de 2021, quedando autorizada la entidad pensional para descontar de dicha cifra lo correspondiente a los aportes al sistema general social en salud así como a descontar el valor pagado a través de la Resolución No. 4084 del 06 de marzo de 2008. De igual manera condenó a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas a partir del 20 de agosto de 2017 y hasta cuando se verifique el pago de las mismas y condenó en costas a COLPENSIONES. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

En síntesis para lo que interesa a la alzada así como a la Consulta, refirió la A Quo, que al fallecer el causante el 17 de junio de 2005, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003; que está acreditado que el causante laboró al servicio de Servitec Ltda. entre el 09 de enero de 2004 y el 17 de junio de 2005, no obstante, que se efectuaron las cotizaciones hasta el 15 de septiembre de 2017; que las anteriores semanas aparecen reflejadas en el expediente administrativo, en consecuencia se tiene que el causante alcanzó durante los tres años anteriores a su fallecimiento 79,20 semanas; que conforme a la prueba testimonial está demostrado una convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento del exánime; que la pensión reconoce equivale a un salario mínimo, dado que se cotizó sobre valores ligeramente superiores a dicho valor y la tasa de remplazo es del 45%; y que hay lugar a intereses moratorios, a partir de segundo mes contado a partir de la petición del 20 de junio de 2017, esto es, 20 de agosto del mismo año, pues no se pagó la correspondiente pensión.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

**COLPENSIONES** manifestó que el causante no dejó causado el derecho al no haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento; que resultan *dudosos* los aportes realizados con posterioridad al deceso del exánime, pues se efectuaron hasta septiembre de 2017, esto es, muchos años después del fallecimiento del causante; que los aportes no se pagaron como cálculo actuarial sino como cotizaciones en mora, por lo que no debieron ser tenidos en cuenta; que sólo en caso de haberse efectuado el trámite de corrección de tiempos antes del fallecimiento del causante, hubiera procedido tener en cuenta los tiempos dejados de pagar; que no es dable acceder a intereses moratorios, pues no hay lugar a pensión de sobrevivientes, por demás que, estos sólo procedente cuando se ha pagado la prestación, y se deja de reconocer; y que cuando se niega el

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se hace teniendo en consideración la normatividad vigente.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si el causante dejó acreditado en favor de sus beneficiarios el derecho a la pensión de sobreviviente, concretamente si se acreditó en el proceso el cumplimiento del requisito de cincuenta (50) semanas de cotización dentro de los tres años anteriores al deceso del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00257 -01  
Demandante: **ANA TERESA MONTERO SALCEDO.**  
Demandado: **COLPENSIONES.**

causante; en caso positivo se determinará si hay lugar a exonerar a la demandada del pago de intereses moratorios.

### **DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Antonio Gastelbondo Manchego -**17 de junio de 2005**- (fl. 11) la norma que gobierna el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que regulan, respectivamente, los requisitos para la causación de dicha prestación así como los beneficiarios de la misma, así::

**“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)”

**“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero

permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;”

b) (...) Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”

En cuanto a la **convivencia** exigida al reclamante de la prestación, es necesario precisar que en sentencia **SL1730-2020**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia rectificó su jurisprudencia, en el sentido de establecer cuál era el verdadero alcance del régimen de convivencia de cinco años, señalando que, sólo se fija para el caso de los pensionados.

Frente dicha providencia, la H. Corte Constitucional en sentencia unificadora **SU-149 de 2021** estableció que la interpretación dada por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral frente a los requisitos de convivencia con el afiliado fallecido, desconocía el principio de igualdad, ya que tal interpretación no guardaba correspondencia con los propósitos de la pensión de sobrevivientes ni con los del requisito de convivencia, aunado a que carecía de una justificación objetiva y que el precedente aplicable en la materia, era la Sentencia **SU-428 de 2016** cuya *ratio decidendi* enseña que la compañera permanente supérstite del afiliado que tenga derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, deberá acreditar la convivencia con el causante por lo menos durante cinco años antes de su fallecimiento.

Por su parte, en sentencia SL4318-2021 la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia dio cumplimiento a las órdenes de la sentencia SU-149 de 2021, advirtiéndose en las aclaraciones de voto que la providencia se profirió única y exclusivamente en acatamiento de lo dispuesto en el fallo SU-149 de 2021, proferido por H. Corte Constitucional; que las sentencias tomadas en virtud de un estudio de constitucionalidad tienen fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos *erga omnes* y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política (C-083-1995, C836-2001, C-335- 2008 y C-539-2011); mientras que las sentencias de tutela, aunque también tiene fuerza vinculante, le permiten al juez apartarse de sus postulados, siempre que cumpla con el deber de transparencia y argumentación suficiente, en armonía con los derechos y los principios constitucionales; ello, debido a los efectos inter partes que produce la jurisprudencia en estos casos (SU- 611 de 2017).

Agregó que, por lo anterior, se mantenía la Sala en las consideraciones expuestas en la sentencia que fue dejada sin efecto por la H. Corte Constitucional por considerar que dicho criterio jurisprudencial resulta completamente razonable, ajustado al principio de igualdad y al espíritu de la ley, no contraría la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ni produce efectos desproporcionados en la protección a la familia, y tampoco desconoce el precedente constitucional.

Por otra parte, es necesario rememorar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha aceptado que el lapso de cinco años de convivencia puede ser en cualquier tiempo respecto a la cónyuge separada de hecho pero con vínculo matrimonial vigente, no siendo así con la compañera permanente, quien debe acreditar los cinco años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, según lo dicho por la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la del 29 de noviembre

de 2011, 15 de abril de 2015, y 18 de mayo de 2016, Rads. 40055, 45818, y 45098, respectivamente.

En cuanto al **requisito de semanas**, debe recordarse que la misma corporación en sentencia SL4167-2021, señaló que las entidades administradoras deben tener sumo cuidado con los reportes de cotizaciones que emiten, pues ello se plasma en actos administrativos que por disposición normativa se presumen legales -artículo 88 de la Ley 1437 de 2011-.

Así mismo, adujo que en esa dirección ha considerado que *“por regla general la información que se consigne en los pronunciamientos de resúmenes de semanas cotizadas vincula a dichas entidades en atención al principio de buena fe que debe irradiar a sus actuaciones y el respeto de las expectativas legítimas que ello puede generar en los afiliados (CC T-202-2012)”* (SL5172-2020).

Por otro lado, resulta pertinente hacer alusión a la disparidad o diferencia entre la **mora** y la **falta de afiliación** por parte de un empleador. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia explicó en sentencia SL1078-2021 reiterada en la SL205-2022, que la segunda, se presenta cuando existen omisiones en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, caso en el que se ha establecido que deben tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

“Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones

correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, **se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente**, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. (CSJ SL 5058-2020, 3661-2020). Al respecto, también se pueden consultar las siguientes sentencias citadas, en providencia anterior, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802,”. (Negrillas por la Sala).

De esta manera, en la falta de afiliación u omisión de reporte de ingreso del trabajador por parte de su empleador, si bien no genera la pérdida del derecho a la pensión, solo es dable incluir este tiempo de servicio en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, a través del cálculo actuarial representado por un bono o título pensional.

#### **DEL CASO EN CONCRETO.**

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a **i)** El fallecimiento del **afiliado** Antonio Gastelbondo Montero el 17 de junio de 2005 (fl.17); **ii)** La negativa mediante Resolución 04084 del 06 de marzo de 2008 de la pensión de sobrevivientes solicitada por la demandante con ocasión del fallecimiento del señor Gastelbondo Montero, acto administrativo mediante el cual se reconoció indemnización sustitutiva (fls.51 a 54) decisión que fue confirmada a través de la Resolución 2772 del 23 de octubre de 2009 del 06 de marzo de 2008, (fls. 51 a 54); **iv)** la solicitud de corrección de historia laboral de la causante elevada por la demandante el 25 de mayo

y 12 de julio de 2017, (fls. 55 a 57); **v)** la nueva solicitud de pensión de sobreviviente elevada por la activa el 20 de junio de 2017, que fue negada a través de la Resolución SUB 165834 del 18 de agosto de 2017 (fls. 60 a 62), confirmada mediante los actos administrativos de folios 63 a 78).; y **vi)** la historia laboral del causante, que da cuenta de un total de 442,71 semanas cotizadas en la vida laboral, de las cuales 79,20 lo fueron dentro de los tres (años anteriores a su deceso (fls 112 a 115); **vii)** el certificado emitido por la sociedad Taller Industrial Servitec Ltda., en el que se indica que el causante laboró a su servicio entre el 09 de enero de 2004 y el 17 de junio de 2005 (fl.27).

Igualmente, al proceso comparecieron a rendir testimonio **Mabel Salcedo Roca y Luis Miguel Blanco Porto**, quienes manifestaron lo siguiente:

**Mabel Salcedo Roca** señaló que es la tía de la demandante; que no tenía ningún parentesco con el causante, era su vecino, a quien conoció desde muy pequeño; que el exánime falleció en junio del 2005; que el difunto para 2005 vivía en el barrio San José de Los Campanos en Cartagena, en compañía de la demandante, y sus tres hijos Yesid, Lesly y Yisah; que en 1985 empezó el causante la convivencia con la demandante en el barrio Olaya Herrera, y después se pasaron a San José de Los Campanos; que a San José de Los Campanos iba una vez a la semana, a visitar al causante y a la actora; que la accionante y el causante nunca se separaron; y que la demandante fue quien acompañaba y cuidaba al causante cuando estuvo hospitalizado.

Por su parte, **Luis Miguel Blanco Porto** explicó que la demandante es sobrina de su esposa, Mabel Salcedo Roca; que a la actora la conoció desde muy pequeña en el barrio Olaya Herrera, era su vecina; que conoció a Antonio desde el 1985, quien convivió en unión libre con la actora hasta el 2005, año en el que falleció; que el causante vivía en el barrio San José De Los Campanos en Cartagena, con la demandante; que el causante

falleció de una infección en los pulmones a causa de un accidente; que el causante vivió en San José De Los Campanos con la actora y sus tres hijos; que la actora y el causante nunca se separaron, ni éste tuvo otra relación sentimental; y que la demandante fue quien acompañaba y cuidaba al causante cuando estuvo hospitalizado.

Pues bien. Revisado el material probatorio se tiene que el señor Antonio Gastelbondo Montero falleció ostentando el status de **afiliado**, encontrándose conforme a la testimonial narrada que está acreditada **la convivencia** en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020, esto es, una conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia real y efectiva, y que se encontraba vigente para el momento de la muerte del señor Gastelbondo Montero, pues según los testigos Mabel Salcedo Roca y Luis Miguel Blanco Porto vivió con la señora Montero Salcedo alrededor de 20 años, procrearon tres hijos, nunca se separaron, se prestaron ayuda mutua, solidaridad, y compartieron techo, lecho y mesa, y fue ésta quien cuidó y socorrió al causante en sus cuidados de salud previo a su fallecimiento. En todo caso, por iguales razones también se encuentran acreditados los cinco años de convivencia requeridos por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-149 de 2021.

Por otra parte, y en relación con las semanas aportadas la Sala encuentra que COLPENSIONES a través del reporte de semanas obrante a folios 112 a 115, en el que se señala que entre el 17 de junio de 2002 y el 17 de junio de 2005, **79,20 semanas**; historia laboral que se presume legal conforme al artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, y vincula a COLPENSIONES en atención al principio de buena fe y confianza legítima que debe irradiar sus actuaciones y el respeto de las expectativas legítimas que ello puede generar en los afiliados (SL5172-2020 y SL4167-2021).

Así las cosas, y dado que el resumen de semanas cotizadas se presume legal, pero admite prueba en contrario, le correspondía a COLPENSIONES desacreditar el contenido de su propia historia laboral, carga probatoria que no satisfizo; contrario a ello, la parte actora allegó certificación laboral del empleador Taller Industrial Servitec Ltda., - la que valga decir de una vez, no fue objeto de tacha alguna por la pasiva - que da cuenta que el señor Gastelbondo Manchego laboró a su servicio del 09 de enero de 2004 y el 17 de junio de 2005 (fl.24), así como las autoliquidaciones de los pagos efectuados por concepto de dichos periodos (fls. 25 a 41)

En este punto, se destaca que no es dable deprecar que los pagos aludidos fueron efectuados en 2017 como lo señala la apoderada de COLPENSIONES en su impugnación, pues si bien las autoliquidaciones referidas no son del todo legibles, en varias de ellas, se logra observar que se efectuaron sus pagos en los periodos respectivos de los años 2004 y 2005, es así como aparece que para que el periodo de enero de 2004 se pagó el 05 de febrero de 2004, febrero de 2004 el 03 de marzo de 2004, marzo de 2004 en abril de 2004, abril de 2004 el 05 de junio de mayo de 2004, mayo de 2004 el 04 de junio de 2004, junio de 2004 el 07 de julio de 2004, agosto de 2004 en septiembre de 2004, noviembre de 2004 el 06 de diciembre de 2004, enero de 2005 el 04 de febrero de 2005, febrero de 2005 el 04 de marzo de 2005, marzo de 2005 el 06 de abril de 2005, abril de 2005 el 05 de mayo de 2005, mayo de 2005 el 07 de junio de 2005, por lo que, en tal sentido, es contrario a la realidad afirmar que que hubo mora, pues el empleador efectuó los pagos en el curso normal del desarrollo de la relación laboral; alcanzándose en tal sentido, un mínimo con tales aportes, de **55.32 semanas.**

En consecuencia, se considera acertada la decisión de la A Quo de reconocer la pensión de sobrevivientes, y en consecuencia se verificarán *en sede de consulta* la fecha de reconocimiento de

la prestación, si operó el fenómeno prescriptivo, si hay lugar a catorce mesadas, el valor del retroactivo ordenado.

En cuanto a la **fecha de reconocimiento**, se tiene que el deceso del causante aconteció el 17 de junio de 2005, que la prestación fue reclamada por la activa, pero fue negada en una primera oportunidad a través de la Resolución 2772 del 23 de octubre de 2009 (fls. 51 a 54) que en el año 2017 la activa eleva una nueva petición a la entidad, resuelta de la misma forma negativa, observándose que solo se activó la vía judicial el **05 de abril de 2019** (fl.83), luego resulta claro que sólo se logró interrumpir el fenómeno extintivo de la prescripción con la presentación de la demanda dado que la segunda reclamación elevada por la demandante no logró interrumpir la prescripción de conformidad con el art 489 del C.S.T.

Así las cosas, la pensión de sobrevivientes debió reconocerse por el A Quo a partir del **05 de abril de 2016**, y no del 20 de junio de 2014, lo que lleva en

consecuencia, a **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia, a fin de establecer que se reconocer la pensión de sobrevivientes a partir del 05 de abril de 2016.

En cuanto al reconocimiento de **atorce mesadas**, la Sala considera acertada tal condena, pues la pensión se causó con el fallecimiento del señor Gastelbondo Manchego, lo que acaeció el 17 de junio de 2005, esto es, antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 (julio de 2005), norma que suprimió tal beneficio.

Ahora, y en cuanto al valor del **retroactivo**, dado que se reconoció la prestación sobre un salario mínimo, y que la A Quo calculó su valor hasta el 30 de agosto de 2021, efectuadas las operaciones de rigor, se tiene que el valor a reconocer es la suma de **\$60'817.103,67**, valor inferior al ordenado por la juez de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00257 -01

Demandante: **ANA TERESA MONTERO SALCEDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

primera instancia en el **numeral tercero** de la sentencia de manera que, en virtud del grado jurisdiccional de consulta se **MODIFICARÁ.**

VALOR MESADAS PENSIONALES			
Año	Pensión	Mesadas	Valor Total
2.016	\$ 689.455,00	10,87	\$ 7.492.077,67
2.017	\$ 737.717,00	14,00	\$ 10.328.038,00
2.018	\$ 781.242,00	14,00	\$ 10.937.388,00
2.019	\$ 828.116,00	14,00	\$ 11.593.624,00
2.020	\$ 877.803,00	14,00	\$ 12.289.242,00
2.021	\$ 908.526,00	9,00	\$ 8.176.734,00
TOTAL			\$ 60.817.103,67

### **INTERESES MORATORIOS.**

Conforme las voces del artículo 1° de la Ley 717 de 2003, los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

En el sub examine, se observa que las razones que tuvo COLPENSIONES en la Resolución 2772 del 23 de octubre de 2009, para negaron la prestación se circunscribieron a fue que el causante no contaba con 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento (fls. 51 a 54); argumentos que, ni siquiera podrían ser válidos para tal época, pues como quedó visto se allegaron autoliquidaciones que fueron efectuadas para los periodos en que trabajó el actor en el Taller Industrial Servitec Ltda. del 09 de enero de 2004 y el 17 de junio de 2005, que databan de 2004 y 2005 ante el extinto I.S.S. En todo caso, para el momento en que se efectuó la segunda reclamación pensional, 20 de junio de 2017, la actora el 25 de mayo del mismo año, ya había requerido la correspondiente corrección de la historia laboral, y pese a ello, COLPENSIONES fue renuente en el reconocimiento prestacional; por tanto, se considera razonable la condena por concepto de intereses moratorios.

Así las cosas, y dado que operó la excepción de prescripción, al no allegarse la primera reclamación que elevó la demandante sería razonable contabilizar los dos meses de que trata el artículo 1° de la Ley 717 de 2003 desde la fecha de la Resolución 4084 del 06 de marzo de 2008, si no fuera porque operó el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 01 de abril de 2016. Por tanto, sería del caso reconocer los intereses moratorios de las mesadas del 01 de abril de 2016 en adelante desde la causación de cada de tales mesadas, mes a mes, siendo los intereses moratorios de la primera mesada exigible desde el 01 de mayo de 2016 hasta que se haga efectivo su pago, sino fuera porque la A Quo estableció que los intereses moratorios aludidos se debían pagar a partir del 20 de agosto de 2017, fecha que no es dable modificar pues no fue objeto de apelación por la parte actora, y en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00257 -01  
Demandante: **ANA TERESA MONTERO SALCEDO.**  
Demandado: **COLPENSIONES.**

#### **VII. COSTAS.**

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

#### **VIII. DECISIÓN**

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

#### **R E S U E L V E**

**PRIMERO.** - **MODIFICAR el numeral segundo y tercero** de la sentencia, la pensión de sobrevivientes se debe reconocer y pagar a partir del 01 de abril de 2016.

**SEGUNDO** - **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de establecer que el **retroactivo** del 01 de abril de 2016 al 30 de agosto de 2021 equivale a la suma de **\$60'817.103,67.**

**TERCERO** - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

**CUARTO** - Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

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

Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

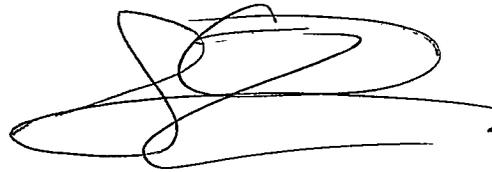
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00257 -01

Demandante: **ANA TERESA MONTERO SALCEDO.**

Demandado: **COLPENSIONES.**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

*salvo voto parcial*

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLPENSIONES.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

## SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral  
Demandante: Ana Teresa Montero Salcedo  
Demandada: Colpensioness  
Radicación: 11001-31-05-027-2019-00257-01

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto parcialmente de la adoptada, al resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en cuanto a que se modificó la fecha a partir de la había lugar a pagar la pensión de sobrevivientes, como consecuencia de la excepción de prescripción propuesta, toda vez que considero que no había lugar a modificar en ese aspecto la decisión adoptada en primera instancia, que en mi sentir, acertadamente tuvo en cuenta la interrupción de las mesadas pensionales causadas a partir de junio de 2014, con la solicitud presentada el 20 de junio de 2017.

Lo anterior, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el art. 151 del CPTSS *“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”*, y en el caso de las mesadas pensionales, tratándose de una obligación periódica, de tracto sucesivo, que se causa mes a mes, cada una de ellas tiene una exigibilidad propia, esto es, como se paga mes vencido, cada mesada pensional se hace exigible el primer día del mes siguiente a su causación, y en consecuencia, sobre cada una de esas mesadas pensionales ha de verificarse la interrupción por un lapso igual, esto es, el momento en que se verifica su reclamación.

Lo anterior, se acompasa con lo que ha precisado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia CSJ SL512-2021 *“Conforme lo tiene de tiempo atrás decantado la jurisprudencia el derecho pensional es imprescriptible, por el contrario, las mesadas pensionales, por ser prestaciones periódicas de tracto sucesivo que se causan por mesadas, sí están sometidas a la prescripción trienal, en tanto que, siendo exigibles no hayan sido objeto de reclamación durante el término prescriptivo común aplicable en el derecho social, en los términos del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”*; y en la CSJ SL1052-2021 señaló *“Vale la pena en este punto anotar, que cuando se trata de una prestación periódica, el lapso se debe contabilizar con respecto a cada una de las que se causen sucesivamente, existiendo la posibilidad de reclamar por cada una individual y sucesivamente”*.

Y de manera más específica, frente a la contabilización de los términos de la prescripción cuando hay varias reclamaciones, la Alta Corporación en sentencia CSJ SL794-2013, explicó que “... la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago”.

Conforme a lo anterior, en este asunto con la solicitud presentada el 20 de junio de 2017, se interrumpió por primera vez el término de prescripción de las mesadas pensionales causadas y exigibles a partir del 20 de junio de 2014, frente a las cuales, no se había presentado ninguna otra reclamación, pues la anterior había sido presentada antes del 6 de marzo de 2008, cuando fue resuelta negativamente la solicitud, esto es, no podía interrumpir la prescripción de mesadas causadas y exigibles con posterioridad.

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento parcial de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**