

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0004-2021

Radicado N° 02-2018-00104-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante **LUZ MIRYAM MENJURE ROSAS** contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2020, por la cual el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante (fl. 226 a 227, 01:11:58 cd fl. 228).

I. ANTECEDENTES

• DEMANDA (fl. 48 a 52, 56).

LUZ MIRYAM MENJURE ROSAS solicitó declarar que entre las partes existió contrato de trabajo del 03 de mayo de 2005 al 25 de agosto de 2017, el cual finalizó el empleador sin justa causa, ordenar su reintegro a contrato indefinido y al mismo cargo u otro mejor, culminando a cesar el acoso laboral y evitar represalias en su contra.

Como fundamento fáctico indicó que inició a prestar sus servicios mediante contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de enfermera auxiliar entre el 03 de mayo de 2005 y el 25 de agosto de 2017, siendo el último salario devengado de \$1.273.000. Aseguró

que el 09 de agosto de 2017, recibió oficio de apertura de proceso disciplinario y el 25 de agosto de 2017, se le comunicó la terminación de su contrato con justa causa porque el 19 de julio de 2017 se negó a recibir el servicio de urgencias, tras lo cual presentó acción de tutela y se amparó transitoriamente su derecho a la estabilidad laboral reforzada y se ordenó su reintegro, pago de salarios, prestaciones sociales y aportes de seguridad social y se le culminó a iniciar proceso ordinario laboral.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 74 a 87).**

La **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR - COLSUBSIDIO** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al proceso disciplinario y terminación del contrato de trabajo. Indicó que entre las partes se celebraron múltiples contratos de trabajo, que la trabajadora incurrió en grave indisciplina y negligencia en sus funciones, pues el 19 de julio de 2017, se negó a recibir el servicio de urgencias, el cual es crítico y donde el personal es escaso, lo cual afectó el servicio de salud, configurando justa causa conforme los numerales 1, 6 y 14 del Reglamento Interno de Trabajo, intentando la trabajadora excusarse con un supuesto dolor de columna sin haber aportado incapacidad, recomendación o permiso para citas médicas y los únicos soportes médicos son de 2007 y 2015, inclusive laboró horas extras, por tanto, de forma deliberada no se acataron las ordenes e instrucciones particulares del empleador, por tanto, es válida la terminación porque fue por causas objetivas no relacionada con el estado de salud de la demandante, siendo el reintegro y pago de acreencias solo en cumplimiento del fallo de tutela. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones reclamadas, ausencia de título y causa, ausencia de obligación de la demandada, pago, buena fe, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 226 a 227, 01:11:58 cd fl. 228).

El 28 de enero de 2020, el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a COLSUBSIDIO CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR, representada legalmente por el señor Juan Camilo Pérez Díaz o quién haga sus veces, de todas las súplicas de la demanda conforme lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO CONDENAR en costas a la demandante LUZ MIRIAN MENJURE ROSAS, entre las que deberá incluir conceptos de agencias en derecho a la suma de \$100.000. TERCERO: por ser la sentencia totalmente adversa a las pretensiones de la demandante y si no fuera apelado consúltese con el superior el presente fallo. (...)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo, si finalizó sin justa causa y si procede declarar la existencia del fuero de estabilidad laboral reforzada y demás pretensiones.

Para resolver interpretó que la demandante pretende ratificar su amparo transitorio de tutela relativo al fuero de estabilidad laboral reforzada, que se demostró que existió un contrato de trabajo del 03 de mayo vigente con ocasión del reintegro por tutela, sin que se pruebe que la demandante tiene fuero de cabeza de hogar porque no aportó ninguna prueba de que sostiene el hogar, la dependencia de su hijo o que este aún sigue estudiando pese tener 27 años, tampoco tiene fuero por salud porque si bien acreditó dolencias de salud, éstas no le imposibilitan o dificultan sustancialmente sus funciones porque solo aportó exámenes de 2007 y 2015, al mes de su despido una radiografía indicó que no tiene lesiones y su situación está en los límites normales, no estaba incapacitada ni en tratamiento para agosto de 2017, tampoco tenía recomendaciones ni estaba calificada su pérdida de capacidad laboral, tampoco demostró la existencia de acoso laboral porque la solicitud de cumplimiento de órdenes, la cual no fue repetitiva ni pública, no es acoso y además no demostró ninguna conducta como tal desde que reingresó en 2017, finalmente, la pasiva demostró la justa causa invocada porque la demandante confesó que no recibió el servicio de urgencias alegando dolor, pero no se fue esa noche y siguió su turno normal y en la diligencia de descargos indicó que la verdadera razón fue que consideró que la sobrecarga del servicio podría afectar su salud pero no llegó ni recomendaciones ni exámenes

ni firmó un compromiso sino que por el contrario tiró la puerta de la oficina de su jefe superior y además se acreditó que por no cumplir esa orden el servicio de urgencia no fue atendido adecuadamente por 40 minutos.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR - COLSUBSIDIO** solicitó confirmar la sentencia recurrida, por cuanto indicó que la terminación del contrato lo fue por la justa causa descrita en la comunicación del 25 de agosto de 2017, no acredita tener fuero por salud porque nunca reportó limitación o imposibilidad para desempeñar su labor ni cumple los criterios para activar dicha protección como cabeza de familia. Agotado el término de traslado, el apoderado de la parte demandante no presentó alegatos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a la trabajadora, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de **LUZ MIRYAM MENJURE ROSAS**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante al fuero de estabilidad laboral reforzada por salud o cabeza de hogar, para determinar la procedencia de ordenar de forma definitiva su reintegro y demás pretensiones, entre ellas el cese de cualquier conducta de acoso

laboral en su contra, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia sobre las siguientes premisas fácticas: *i*) el 03 de mayo de 2005, se celebró contrato de trabajo a término fijo entre la demandante **LUZ MIRYAM MENJURE ROSAS** y la demandada **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR - COLSUBSIDIO** (fl. 89 a 90) y otro sí del 15 de diciembre de 2006 por el cual se modificó la modalidad a indefinido (fl. 165); *ii*) por escrito del 25 de agosto de 2017, el empleador finalizó de forma unilateral con justa causa el contrato de trabajo de la demandante (fl. 15 a 16, 96 a 97); *iii*) el 04 de diciembre de 2017, el Juzgado Décimo (10) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. profirió fallo de tutela que amparó transitoriamente el derecho fundamental a la estabilidad laboral de la trabajadora en su condición de madre de cabeza de familia y ordenó su reintegró y pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social (fl. 40 a 45), sentencia que fue confirmada en fallo de tutela de segunda instancia proferido el 06 de febrero de 2018 por el Juzgado Sexto (6) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. (fl. 57 a 64).

- **Acerca de la estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud.**

El artículo 13 de la Constitución Política de 1991 consagró la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de las personas en situación de debilidad manifiesta por su condición física o mental. Es así como el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, prohibió despedir o finalizar el contrato de trabajo en razón a la discapacidad del trabajador sin la autorización del Ministerio de Trabajo, careciendo de todo efecto la terminación que se realice desconociendo dicha prohibición conforme la interpretación que fijó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Para fijar el alcance de la anterior protección es necesario precisar el concepto de discapacidad. Inicialmente se consideró que

para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por afectaciones de salud era necesario acreditar una pérdida de capacidad laboral del 15% o más conforme el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, sin embargo, dicha norma fue derogada expresamente por el artículo 61 del Decreto 1352 de 2013, por tanto, las menciones a porcentajes que hace la jurisprudencia de la H. CSJ son absolutamente validas cuando se refieren a hechos acontecidos en vigencia del Decreto 2463 de 2001, tal y como recientemente reafirmó la H. CSJ en la sentencia SL2841 de 2020, donde indicó que los trabajadores aforados por salud en vigencia del precitado decreto son aquellos que tienen una PCL del 15% o más.

Actualmente, el concepto de discapacidad refiere a la deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de 2002 y la Ley 1618 de 2013.

La anterior definición de discapacidad concuerda con la posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL260 de 2019, donde indicó que para establecer la procedencia del fuero lo relevante es verificar si el trabajador sufre o no de una afectación de salud que le impida o limite su capacidad de trabajo, así como la relación entre la terminación del contrato de trabajo y su estado de salud, posición ratificada en las sentencias SL572 de 2021 y SL1404 de 2021, donde la Alta Corte indicó que en virtud del principio de libertad probatoria del Juez Laboral, si no hay calificación y se desconoce el grado de limitación, circunstancia tales como incapacidad prolongada, tratamientos médicos especializados, restricciones o limitaciones laborales, conceptos desfavorables de rehabilitación o cualquier otra situación puede acreditar la discapacidad siempre y cuando sea notoria, evidente y perceptible la afectación grave y severa en la salud del trabajador y que esta limite la realización de su trabajo.

La anterior posición es armónica con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-824 de 2011, en la cual precisó que la garantía de la estabilidad laboral reforzada se extiende a todas las personas en un estado de debilidad manifiesta derivado de que su estado de salud les impide o dificulta sustancialmente su labor, independientemente del grado con el que haya sido calificada su afectación. Así mismo, en la sentencia SU-049 de 2017 se afirmó que este fuero cobija a las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral del 15% o más y también a aquellos que sufren un quebranto de salud que le impide o dificulta sustancialmente el desarrollo de su labor en condiciones regulares, por lo que ambos grupos poblacionales tienen derecho a conservar su empleo y a ser beneficiarios de medidas como la reubicación, la recapacitación y el ajuste de su ambiente de trabajo, salvo que concurra una justa causa convalidada por el MINISTERIO DE TRABAJO.

Así las cosas, es posible activar el fuero de estabilidad aun cuando el trabajador no cuenta con un carnet de su E.P.S. o un dictamen de pérdida de su capacidad laboral, tal y como lo indicó la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en la sentencia SL5181 de 2019, providencia en la que indicó que el carácter finalista de este fuero conlleva a que si el empleador conoce, por cualquier medio, de una grave afectación de salud del trabajador, entonces deba ser cuidadoso en el uso de su potestad de terminar el contrato, por lo cual de forma previa al uso de dicha facultad deberá apoyarse en las herramientas que brinda el Sistema de Seguridad Social Integral para clarificar el estado de salud de su trabajador, bien sea logrando su calificación, esperando el resultado de aquella o solicitando ante las Entidades respectivas el análisis del caso.

Por último, respecto de la forma como opera la carga de la prueba en los conflictos por fuero de estabilidad laboral reforzada, la H. CSJ indicó en la sentencia SL1360 de 2018 que el fin del fuero es prevenir la discriminación por el estado de salud, por tanto, si la finalización o desmejora del contrato obedeció a razones objetivas no relacionadas

con la salud del trabajador no opera el amparo y no se requiere de permiso del MINISTERIO DE TRABAJO; sin embargo, si el trabajador logra demostrar posteriormente en juicio que sí estaba discapacitado se beneficiará de la presunción de que la finalización o desmejora de su contrato fue discriminatoria, por lo cual el empleador deberá demostrar las circunstancias objetivas que motivaron tal acción y de no hacerlo, la terminación se reputará ineficaz. Dicha posición ha sido ratificada en las sentencias SL1665 de 2021, SL1922 de 2021, SL2185 de 2021, entre otras.

- Sobre el Fuero de Estabilidad Laboral Reforzada de las Personas Cabeza de Familia.

El artículo 12 de la Ley 790 de 2002, consagró una protección laboral especial a favor de ciertos funcionarios públicos de entidades en procesos de reestructuración administrativa, por cuanto limitó el retiro de aquellos que sufran de una limitación física, mental, visual o auditiva, que sean madres cabeza de familia sin alternativa económica o que cumplan con los requisitos para causar su pensión de vejez en los 3 años siguientes, figura que ha sido denominada como *reten social*. Es importante resaltar que la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-389 de 2005 extendió el retén social a favor de los padres cabeza de familia, en virtud del principio de igualdad.

Sobre el alcance de este fuero, la H. Corte Constitucional determinó que no procura una estabilidad absoluta, por cuanto se limita a procurar conservar el trabajo de los beneficiarios para que sean las últimas personas en ser desvinculadas en los procesos de renovación institucional o hasta la configuración de una justa causa de terminación del contrato debidamente comprobada, tal y como reafirmó la Alta Corte en las sentencias T-835 de 2012, T-420 de 2017, T-084 de 2018, entre otras. Por su parte, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reafirmado que el *retén social* procede frente a los servidores públicos vinculados a entidades públicas del orden nacional en proceso de renovación (reestructuración, fusión o disolución), tal y

como señaló en las sentencias SL12486 de 2017, SL1018 de 2018, SL1896 de 2018, SL2720 de 2018, SL5567 de 2019, entre otras.

En cuanto los requisitos que deben acreditarse para activar el fuero como cabeza de familia, la H. Corte Constitucional estableció en la sentencia SU-388 de 2005 los siguientes: *i)* estar a cargo de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar; *ii)* que dicha responsabilidad sea permanente; *iii)* el abandono de la pareja en el cumplimiento de sus obligaciones o su imposibilidad para asumir los deberes legales de manutención y cuidado por razones poderosas como la incapacidad, privación de la libertad o la muerte y; *v)* una deficiencia sustancial en la ayuda de los demás miembros de la familia. Adicionalmente, en la sentencia T-420 de 2017, se adicionó el requisito de dar aviso al empleador sobre la calidad de cabeza de familia, so pena de no poder endilgarle responsabilidad por un hecho del que no es conocedor. Dichos requisitos han sido reafirmados en las sentencias T-084 de 2018, T-325 de 2018, entre otras.

Por su parte, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, a partir de la sentencia SL1496 de 2014, adoptó una visión amplia del concepto *madre o padre cabeza de familia* conforme el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, por lo cual acogió el criterio establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU388 de 2005, exigiendo que el aforado acredite que su compañero padece de una incapacidad o que se ha sustraído de forma permanente de sus deberes legales de manutención y cuidado o que resulta indispensable que deba permanecer en el hogar para atender a aquellas personas a cargo incapaces para trabajar o que requieran medicamente su presencia, tal y como ha sostenido en las sentencias S19561 de 2017, SL4707 de 2018, SL4708 de 2019, SL430 de 2020, entre otras.

Por último, resulta relevante considerar que la H. Corte Constitucional en la sentencia T-638 de 2016, adoptó la decisión de indicar que el fuero de cabeza de familia, procede en el sector privado en virtud del principio de igualdad y los derechos al trabajo, seguridad

social, entre otros. Dicha decisión se fundamentó en el hecho de que en la sentencia T-802 de 2012 se extendió el *retén social* a los funcionarios públicos de entidades públicas ajenas al sector central en procesos de renovación, mientras que en la sentencia T-862 de 2009 se extendió el amparo a los servidores en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual extendió la protección de los 3 casos regulados en el *retén social* al ámbito privado cuando quiera que se evidencie una situación de debilidad manifiesta por la cual terminar el contrato implique el desconocimiento de los derechos a la igualdad, trabajo y seguridad social.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, siendo relevante considerar que en el presente asunto la totalidad de las pretensiones de la demandada dependen de que se declare que tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada y ordenar en forma definitiva el reintegro de la demandante, motivo por el cual se analizará en primer lugar si procede o no el reconocimiento de tal derecho.

Conforme con los antecedentes normativos expuestos, la estabilidad laboral reforzada por salud protege al trabajador en situación de discapacidad, cuando el empleador pretenda terminar su contrato de trabajo en atención a su estado de salud, conforme el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien, para definir el alcance de la protección es necesario precisar el concepto de discapacidad, el cual en vigencia del Decreto 2463 de 2001 hace referencia a quien tiene calificada una pérdida de capacidad laboral del 15% o más, posteriormente, se redefinió el concepto de discapacidad, conforme el artículo 1° de la Ley 762 de

2002 y la Ley 1618 de 2013, el cual paso a ser entendido como la situación de deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que limita o impide la capacidad para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y su participación plena y efectiva en la sociedad y en igualdad de condiciones con los demás, posición que concuerda con la posición de la H. Corte Constitucional expuesta en las sentencias C-824 de 2011, SU-049 de 2017, entre otras, así como por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ adoptada en las sentencias SL260 de 2019, SL572 de 2021, SL1404 de 2021, entre otras.

En cuanto la carga de la prueba, en las sentencias SL1360 de 2018, SL1665 de 2021, SL1922 de 2021, SL2185 de 2021, entre otras, la H. CSJ ha indicado que corresponde al trabajador acreditar su discapacidad a la terminación del contrato para beneficiarse de la presunción de que la finalización fue discriminatoria, debiendo el empleador demostrar que la terminación fue por circunstancias objetivas no relacionadas con el estado de salud, so pena de que se declare ineficaz la misma.

En el presente asunto, la demandante **LUZ MIRYAM MENJURE ROSAS** aportó resultados de *densitometría ósea* del 02 de octubre de 2017 que relacionó osteopenia en cuello femoral y columna lumbar (fl. 4 a 5), resultados de *densitometría ósea* del 27 de febrero de 2015 que relacionó osteoporosis en columna lumbar (fl. 23 a 25), pruebas documentales que acreditan que en efecto padece afectaciones de salud.

A pesar de lo anterior, no toda afectación de salud activa el fuero de estabilidad laboral reforzada, ya que se requiere una calificación de pérdida de capacidad laboral del 15% o más o una deficiencia física, mental o sensorial, permanente o temporal, que imposibilite o dificulte sustancialmente la prestación de su labor, aspecto que puede inferirse cuando no hay calificación de incapacidades prolongadas, tratamientos médicos especializados, restricciones o limitaciones

laborales, conceptos desfavorables de rehabilitación, conforme la posición adoptada en las sentencias C-824 de 2011, SU-049 de 2017, SL260 de 2019, SL572 de 2021, SL1404 de 2021, entre otras.

En el presente asunto, la demandante **LUZ MIRYAM MENJURE ROSAS** no acredita que al 25 de agosto de 2017, fecha de terminación del contrato de trabajo (15 a 16, 96 a 97), haya estado calificada su pérdida de capacidad laboral o incapacitada de forma prolongada, ni adelantando un tratamiento médico, o sujeta a recomendaciones o restricciones laborales, o con concepto desfavorable de rehabilitación, ni ninguna otra situación de la cual inferir que estaba imposibilitada o limitada sustancialmente para desarrollar su labor como *auxiliar de enfermería*.

Todo lo contrario, llama la atención que la *radiografía de columna lumbosacra* del 05 de octubre de 2017, indicó la leve disminución del espacio intervertebral L3-L4, pero relacionó que la amplitud de los demás espacios intervertebrales como normal, y describió las relaciones articulares como preservadas (fl. 26), a la vez que se escribió una atención de urgencias del 30 de diciembre de 2017 por dolor de espalda y ardor en muslos y piernas, sin que se relacione incapacidad alguna relacionada con tal evento (fl. 28).

Conforme las anteriores pruebas documentales, no se acredita que clínicamente se haya determinado que las afectaciones de salud limitaran sustancialmente la capacidad laboral de la trabajadora, aspecto que fue relatado por la señora SANDRA CAROLINA ESCOBAR BACCA, quien en su calidad de supervisora para el momento del despido rindió testimonio en el cual informó que la demandante en 2017 nunca presentó incapacidades y que el 19 de julio de 2017, si bien indicó tener mucho dolor en la espalda, no se retiró de la clínica y cumplió su turno de 12 horas de 7pm a 7am (01:11:30 cd fl. 177), a su vez, la señora OLGA LUCIA BARRERA MORALES, en su calidad de jefe de enfermería para el año 2017, declaró bajo juramento que si bien la demandante le indicó que tenía dolor en la cadera durante la charla que

sostuvieron por los hechos del 19 de julio de 2017, nunca le presentó recomendaciones laborales ni documento médico que acreditara que no podía laborar en ciertos servicios y además ese día terminó su turno nocturno de 12 horas y que dicha trabajadora no tenía faltantes ni incapacidades (45:34, 51:51 cd fl. 177).

Así las cosas, la Sala concluye de forma razonable que la demandante no cumplió con la carga de la prueba a su cargo de demostrar que su salud le impidió o dificultó sustancialmente su labor, motivo por el cual no es posible considerarla como beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada por salud.

Procede la Sala a resolver la segunda causa de fuero de estabilidad laboral alegada por al demandante, a saber, su calidad como mujer cabeza de familia, siendo relevante considerar que conforme con los antecedentes normativos expuestos que tal fuero se activa sí y solo si el trabajador acredita que esta a cargo permanentemente de hijos menores o personas incapacitadas para trabajar, el abandono de la pareja en el cumplimiento de sus obligaciones o su imposibilidad para asumir los deberes legales de manutención y cuidado por razones poderosas como incapacidad, privación de la libertad o muerte, una deficiencia sustancial en la ayuda de los demás miembros de la familia y, finalmente, el aviso al empleador de la calidad de jefe de familia. Los anteriores requisitos han sido consagrados en las sentencias SU-388 de 2005, T-420 de 2017, T-084 de 2018, T-325 de 2018, SL1496 de 2014, S19561 de 2017, SL4707 de 2018, SL4708 de 2019, SL430 de 2020, entre otras.

En el presente asunto no se acreditan los anteriores requisitos, por cuanto si bien la demandante acreditó que es madre JUAN SEBASTIÁN ARIAS MENJURE, quien inició estudios universitarios en 2014 y que por sentencia del 29 de julio de 2009 se decretó la cesación de efectos civiles del matrimonio católico celebrado con CARLOS EDUARDO ARIAS MARTÍNEZ (fl. 29, 32 a 38), dichos hechos no demuestran por sí solos que la demandante sea la única responsable de

su hijo o la imposibilidad de éste para procurarse su propio sustento (quien para el 28 de noviembre de 2017 cumplió 25 años), ni el abandono de su pareja en el cumplimiento de sus obligaciones o su imposibilidad para ello, por lo cual tampoco cumple con la carga de la prueba necesaria para activar la protección reclamada.

De otra parte, observa la Sala que la pretensión de la demandante, relativa al cese de presuntos actos de acoso laboral, estaba condicionada a que se confirmará definitivamente su reintegro laboral, sin embargo, como quiera que no logró acreditar los requisitos para activar el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud o como cabeza de familia, no existe mérito alguno para emitir pronunciamiento alguno relativo al presunto acoso laboral, aspecto que no tuvo ninguna injerencia en la decisión del Juez Constitucional que amparó transitoriamente los derechos de la demandante.

En cuanto las pretensión de declarar que el contrato de trabajo término sin justa causa entre las partes, la Sala se abstendrá de emitir cualquier pronunciamiento al respecto, por cuanto se observa que las pretensiones condenatorias iban encaminadas a que se ordenará el reintegro de la demandante y el subsecuente cese de actos de acoso laboral, peticiones que parte del presupuesto de que el contrato de trabajo no finalizó y, por tanto, era abiertamente contradictorio solicitar al mismo tiempo que se declaré que tal vínculo finalizó de forma unilateral sin justa causa por parte del empleador.

En todo caso y únicamente en gracia de discusión, toda vez que la demandante no acreditó que su estado de salud le imposibilitara o dificultara sustancialmente su labor, no es posible excusar el no acatamiento de la orden impartida por sus superiores jerárquicas de atender el servicio de urgencias en la jornada nocturna del 19 de julio de 2017 por las presuntas dolencias físicas que nunca acreditó, lo que conlleva a declarar probada la justa causa alegada por el empleador en la comunicación de terminación del contrato del 25 de agosto de 2017 (15 a 16, 96 a 97).

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE


PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado. Asignación voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Luz Miryam Menjure

Demandado: Colsubsidio

Radicado: 11001 31 05 002 2018 00104 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en el sentido de indicar que con fundamento en el criterio y concepto que sobre discapacidad ha desarrollado la H. Corte Constitucional y algunas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia, la estabilidad laboral reforzada por estado de salud prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral (moderada, severa o profunda), sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores en condiciones regulares o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la “*discapacidad*” es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, la concibe como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad *«incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

“Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la

Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.”

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

También se verifica la sentencia de constitucionalidad C-200 2019, que respecto a la postura de la Corte Suprema de Justicia, sobre la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la Corte Constitucional en su función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución Nacional, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, puntualizó:

“IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una

limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.”

Igualmente, en sentencia SU-049 de 2017, a través de la cual unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta que merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, señaló¹:

“Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la Ley 361 de 1997, ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...”

Lo anterior tiene sustento, refiere la Alta Corporación Constitucional en que²:

“...una interpretación de la Ley 361 de 1997 conforme a la Constitución tiene al menos las siguientes implicaciones. Primero, dicha Ley aplica a todas las personas en situación de discapacidad, sin que esto implique agravar las condiciones de acceso a sus beneficios que traía la Ley en su versión original, que hablaba de personas con “limitación” o “limitadas” (Sentencia C-458 de 2015). Segundo, sus previsiones interpretadas conforme a la Constitución, y de manera sistemática, se extienden a todas las personas en situación de discapacidad, así entendida, “sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que

¹ Corte Constitucional. Sentencia Unificadora 049 de 2017

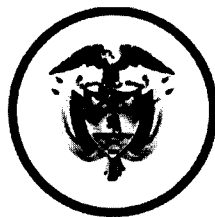
² Sentencia SU-049 de 2017.

se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación” (sentencia C-824 de 2011). Tercero, para exigir la extensión de los beneficios contemplados en la Ley es útil pero no necesario contar con un carné de seguridad social que indique el grado de pérdida de capacidad laboral (sentencia C-606 de 2012). Cuarto, en todo caso no es la Ley expedida en democracia la que determina cuándo una pérdida de capacidad es moderada, severa o profunda, pues esta es una regulación reglamentaria.”

Por tanto, esa protección especial se predica de todos los derechos, por consiguiente, también de la “*estabilidad en el empleo*”, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental. Asimismo, tal garantía la podemos encontrar en la Ley 361 de 1997, Ley 1346 de 2009 y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, las cuales establecieron una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminada.

Hasta acá el planteamiento de la aclaración de mi voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0132-2021

Radicado N° 06 2018 00331 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el nueve (9) de marzo de 2020, por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JORGE VALENTIN CALDERON CASTAÑEDA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al pago de la reliquidación de la pensión de vejez teniendo en cuenta al efecto el IBL de toda la vida laboral, al pago de las diferencias generadas como consecuencia de

la reliquidación, incremento pensional cónyuge e hijo discapacitado a cargo, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES mediante Resolución N° 054438 de 2006 le reconoció pensión de vejez a partir del 3 de agosto de 2004, que la pensión fue liquidada teniendo en cuenta el IBL de los 10 últimos años, que durante toda su vida laboral cotizó más de 1250 semanas, que es padre de JORGE DAVID CALDERON RIOS, quien tiene la condición de inválido por padecer retardo mental severo y síndrome epiléptico, que éste depende económicamente de él, que reclamó el reconocimiento de estas prestaciones a la demandada, quien no se ha pronunciado al respecto.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionado del actor y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 23 a 43).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 9 de marzo de 2020, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. **SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente la reliquidación de la pensión de vejez y el reconocimiento del incremento pensional reclamado. Para resolverlo indicó que es procedente definir el IBL de la toda la vida laboral del actor en cuanto cotizó al sistema de pensiones por más de 1250, definió que al realizar las operaciones matemáticas pertinentes el valor de la mesada establecida es inferior a la que reconoció COLPENSIONES y por ello no procede la reliquidación reclamada. Sobre el incremento pensional reclamado refirió que de acuerdo a lo definido en la sentencia SU 140 de 2019 no es procedente el reconocimiento de esta prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la sentencia y se concedan los incrementos reclamados. Para sustentar el recurso aduce que no es aplicable el criterio definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, pues éste desconoce el principio de favorabilidad en materia pensional, dice además que en dicha providencia la Corte asume una posición restrictiva sobre la aplicación del derecho reclamado y que por ello se debe inaplicar para otorgar el derecho con aplicación de criterios más favorables para el pensionado¹.

¹ “Gracias su señoría con todo respeto interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá frente a la sentencia proferida por usted por el cual sustento el mismo así. Son innumerables las sentencias del honorable Tribunal que hablan de que la existencia de los incrementos se da por tener una persona a cargo, bien sea cónyuge, compañero o compañera permanente o los hijos que ostenten la condición de beneficiarios, todo ello desde luego cumpliendo el condicionamiento de la norma laboral que regula el beneficio, cual es cuando es cónyuge o compañera ña dependencia económica y el no disfrute de una pensión. En cuanto a la sentencia tomada como sustento para la decisión, cuatro magistrados garantes de la constitución política de Colombia consideraron desacertada la decisión de la Corte Constitucional de no tutelar los derechos de las

personas a las que no se les había reconocido su incremento pensional en razón a la persona a cargo, según los dispuesto por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, por considerar que la Sala antes de ocuparse de resolver las tutelas contra providencias judiciales que fueron sometidas a su consideración se ocupó de plantear una suerte de juicio acerca de la vigencia, constitucionalidad en abstracto de las reglas en cuestión de incrementos pensionales por persona a cargo, la sentencia SU 140 de 2019, parte de una interpretación distinta a la que la misma Corte y el sistema jurídico en general ha hecho sobre los efectos que tuvo en el sistema pensional la expedición de la Ley 100 de 1993, a su parecer la Sala no unifico la jurisprudencia que existía sobre el problema jurídico analizado en la sentencia sino que cambio los presupuestos de análisis que la jurisprudencia había tenido en la materia para llevar a la Corte a tomar una respuesta diferente a la que hasta este momento se había dado, así la decisión que tenía que responder un problema jurídico que habría dado lugar a dos posiciones jurisprudenciales distintas, una de carácter garantista y seguidas por varias salas de decisión y una segunda más restrictiva que había sido apoyada por menos salas de revisión, ahora la Corte aprobó una nueva respuesta que es aún más restrictiva de la que antes se había propuesto, fundándose en nuevas posiciones jurisprudenciales acerca del pacto derogatorio que tuvo la Ley 100 de 1993 en el sistema de pensiones y acerca del sentido de alcance de la reforma constitucional en materia pensional que se hizo en el año 2005 se pasó una lectura fundada en una protección amplia y comprensiva de lo que es pensión, que incluía al fiel respecto a las reglas de la imprescriptibilidad de las prestaciones de la seguridad social, ahora a una lectura restrictiva de alcance del continuo este derecho, además la sentencia desconoce el amplio debate que se hacía entorno el problema jurídico planteado, para sugerir que no hay controversia y que por tanto no es preciso recurrir interpretación favorables a los trabajadores pensionados, esta forma de principio no de operario que tan importante papel ha jugado para comprobar las decisiones pasadas ahora pasa a brillar por su ausencia y hacer relegado porque la controversia que existía y que requería unificar simplemente quedo desvanecida afortunadamente la decisión que se adoptó en ese caso fija jurisprudencia en materia del problema jurídico organizado no es un juicio de Constitucionalidad en abstracto ni de vigencia en las leyes, que tiene algún tipo de efecto Erga Homes o que genera jurisprudencia de forma general, para cualquier situación posible, aunque si mal en algunos casos las acciones de tutela revisadas no cumplían con el objetivo de inmediatez y por ende resultaban improcedentes consideran los incrementos por cónyuge compañera o compañero permanente o hijos con discapacidad a cargo, presos por el decreto 758 1990, no se encuentran derogados En este sentido la sala plena afecto la cosa juzgada, una sentencia del Consejo de Estado en la cual afecto, con efectos generales en el marco del control de legalidad, se determinó que las normas contenidas en el acuerdo 049 de 1990, que contempla tales incrementos no están vigentes, no sólo no están vigentes sino que de ninguna manera son contrarias al ordenamiento jurídico, esa presión también ha sido defendida por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la Corte Constitucional en sus planes de revisión, por cuanto el análisis sobre la sostenibilidad financiera del sistema pensional se basa en juicios de conveniencia por lo cual carece de elementos consideraciones que demuestran la supuesta afectación y el impacto real y concretó de la medida, que pueda tener en los recursos pensionales, en cambio la decisión de la corte perjudica a un sector de la población que recibe bajos ingresos, por los incrementos son únicamente para pensiones de un salario mínimo en materia de protección de derechos pensionales que además desconoce el pendientes apoya para las tareas de revisión de la Corte Constitucional sobre la procedencia del reconocimiento y pago de incrementos pensionales de que trata el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por decreto 758 de 1990, cuando acertadamente se estableció en su momento la sentencia SU 3140 DEL 10 del 2017 cuya anulación por parte de la corte mediante auto 320 de 2018 dio paso a la sentencia SU-140 de 2019 es imperativo analizar la controversia a la luz del principio de constitucionalidad, de favorabilidad para determinar que las personas pensionadas al amparo del acuerdo 049 de 1990, podían reclamar válidamente el incremento del 14%, examinado se cuenta acumulado desde esa perspectiva la conclusión forzosa habría sido la de no conocer la tutela de los derechos al debido proceso, a la aseguradora social y al mínimo vital de los accionantes, la mayoría de la sala plena formuló el interrogante si tales incrementos eran susceptibles de prescripción, porque pues son los que inicialmente lo que originó la controversia, para adoptar una postura todavía más adversa según la cual tales incrementos desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud del acto legislativo 01 de 2005, olvidando que dicha reforma constitucional determinó que en materia pensional se respetan todos los derechos adquiridos, por lo demás, en esta oportunidad la Corte se concentra en un estudio más propio de la doctrina sobre la vigencia de la ley en lugar de enfocarse en la aplicación de las normas para resolver los casos sometidos a su

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente el incremento pensional reclamado.

Por su parte el apoderado de la parte demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si en el presente asunto, procede la condena al pago del incremento pensional del 14 y 7% en favor del demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* que mediante Resolución N° 054438 del 18 de diciembre de 2006 el ISS hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al actor en aplicación del régimen de transición y el acuerdo 049 de

conocimiento, que su verdadera función, emitida la decisión adoptada por la Corte, constituye un leve proceso en el ámbito de los derechos sociales particularmente de aquellas garantías de que es un titular sector vulnerable de la población lo cual no se compasa con las obligaciones del Estado en la materia con el principio de progresividad y con la propia jurisprudencia constitucional, razón por la cual le solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral revocar la sentencia y en su lugar condenar al pago del incremento pensional por persona a cargo, de esta manera dejo sustentado en mi recurso de apelación.

1990, a partir del 3 agosto de 2004 en cuantía inicial de \$1.051.754 (fl. 10); **ii)** que JORGE DAVID CALDERON RIOS es hijo del demandante (fl. 12); **iii)** que el 19 de enero de 2018 el demandante solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de su pensión de vejez y el reconocimiento del incremento pensional del 14 y 7% (fl. 15).

- **Sobre los Incrementos Pensionales**

Para resolver la controversia e independientemente de las razones aducidas en el recurso por la parte demandante, advierte la Sala que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso: *“con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994”*.

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no perdió vigencia a la entrada de la Ley 100 de 1993, tal y como se ha dicho en las sentencias con Rad. 21517 del 27 de julio de 2005 MP. Isaura Vargas Díaz y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751 MP Luis Javier Osorio López, lo cierto es que, con la reciente decisión la Corte Constitucional dispuso que los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990, **sí fueron derogados** por la Ley 100 de 1993 y dado que es este el órgano competente para decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales, se confirmará la sentencia apelada por las razones aquí expuestas.

Precisa la Sala sobre el argumento de apelación referido a la aplicación del principio de favorabilidad, que en el caso bajo estudio no se trata de un conflicto de dos normas vigentes que regulen la materia y por el contrario como se anotó en precedencia, la única disposición normativa que regulaba el asunto no se encuentra vigente.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, como ya se dijo, se confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

ACELERACIÓN DE VOTO

Rad. 11001 31 05 006 2018 00331 01

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Jorge Valentín Calderón

Demandado: Colpensiones

Radicado: 11001 31 05 006 2018 00331 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en el sentido de indicar que en armonía con el criterio que sobre el punto tenía sentado la H. Corte Suprema de Justicia, sostuve que los incrementos pensionales se encontraban vigentes. No obstante, debido al cambio jurisprudencial dado por esa misma Corporación sobre la materia en sentencia SL2061-2021, me permito también recoger la posición por mí sostenida frente al particular.

Hasta acá el planteamiento de la aclaración de mi voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0137-2021

Radicado N° 08 2019 00624 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolverlos recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas SKANDIA y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2020, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

RAFAEL IGNACIO COTRINO BADILLO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM. Pide además que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez definida en la 71 de 1988, junto con el retroactivo pensional generado, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 23 de septiembre de 1955; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de abril de 1978 y el 31 de enero de 1996 y cotizó a dicha entidad un total de 590.14 semanas; que en su condición de sacerdote la entidad encargada de realizar el pago de los aportes correspondientes a pensión es la Fundación Caja de Auxilios para el Clero; que por razones que desconoce, dicha Caja adelantó la vinculación de los sacerdotes al Fondo Privado de pensiones PENSIONAR (Hoy OLD MUTUAL) el 12 de diciembre de 1995; que para el efecto le tomaron la firma de un formulario que ni siquiera leyó; que la afiliación a dicha entidad se dio de manera inconsulta pues no le avisaron de que se trataba; que con posterioridad al traslado de régimen el Fondo no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional; que el 14 de diciembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y dicha entidad resolvió la solicitud de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de traslado del RPM al RAIS y la afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad,

inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción y buena fe (fls. 54 a 64).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 90 a 98).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor RAFAEL IGNACIO COTRINO BADILLO realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 12 de diciembre de 1995 mediante su afiliación a PENSIONAR hoy SKANDIA. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del señor RAFAEL IGNACIO COTRINO BADILLO. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada SKANDIA como AFP actual a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor RAFAEL IGNACIO COTRINO BADILLO tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado. **CUARTO: CONDENAR** a

*COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva SKANDIA y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar los ajustes en la historia aboral del actor. **QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a que una vez se materialice el traslado de régimen aquí ordenado en virtud de la ineficacia del traslado referida en precedencia se proceda de forma inmediata a estudiar, reconocer y pagar de forma indexada la pensión de vejez en favor del demandante, conforme lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y teniendo en cuenta los parámetros fijados en la parte motiva de esta providencia. **SEXTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante. **SEPTIMO:** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad”.*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información al momento del traslado del demandante y por ello dicho acto es ineficaz. Sobre el derecho pensional solicitado dijo que el actor no acreditó ser beneficiario del régimen de transición y por ello no le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 71 de 1988, que no obstante cumple con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para causar el derecho, no puede ordenarse su reconocimiento y pago en la sentencia pues COLPENSIONES aún no ha recibido los aportes actor, por ello ordenó a esta entidad estudiar, reconocer y pagar la prestación en los términos que define la Ley 797 de 2003, una vez reciba el traslado de los aportes del actor.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **SKANDIA**, pide que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que la entidad se encuentra imposibilitada para devolver estos valores en cuanto los descuentos realizados por este concepto se encuentran destinados a cumplir las obligaciones impuestas por la Ley 100 de 1993 a las administradoras y a la labor de administración de la cuenta de ahorro individual del afiliado, dice que confirmarse esta condena se desconocería que esta comisión no es del afiliado sino de las mismas entidades administradoras y representaría un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES al recibir un dinero respecto del cual no realizó ninguna gestión.

Por su parte el apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es posible realizar exigencia alguna a los fondos de pensiones, relacionada con el cumplimiento del deber de información, pues para el momento del traslado del actor no existía obligación legal para dichas entidades en ese sentido, la única obligación legal estaba relacionada con la suscripción del formulario de afiliación, dice además que el demandante en el interrogatorio evidenció que conocía características de ambos regímenes pensionales y las condiciones en que se reconoce la pensión en uno y otro, manifestó que tampoco se probó que el consentimiento del actor hubiese estado viciado.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto el demandante se encuentra dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante y de la demandada SKANDIA no presentaron alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66^a y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP SKANDIA, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i*) que el demandante nació el 23 de septiembre de 1955 (fl. 22); *ii*) que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de abril de 1978 y el 31 de enero de 1996 por un total de 590.14 (fl. 25); *iii*) que el 12 de diciembre de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PENSIONAR (hoy SKANDIA) (fl. 71); *iv*) que el 14 de diciembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud (fls. 23 y 31 a 32).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya

característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual aspecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor RAFAEL IGNACIO COTRINO BADILLO se trasladó a AFP PENSIONAR (hoy SKANDIA) el 12 de diciembre de 1995 (fl. 71), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 3 min. 18:28), pues al efecto solo manifestó que para el traslado solo recibió el formulario diligenciado por parte de la Caja de Auxilios para el Clero, que es la entidad de realizar los aportes a pensión de los sacerdotes, dice que no tuvo contacto con ningún afilado, que en ese momento no se le habló nada sobre el tema, que tiene una cuenta de pensiones voluntarias en el mismo de pensiones, que sabe algunas cosas del RAIS porque por ser director de esa Caja tuvo que estudiar sobre el tema pero que al momento de su traslado a él no le informaron nada al respecto.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PENSIONAR (hoy SKANDIA) en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos

del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP SKANDIA, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP SKANDIA a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como así lo dispuso la Juez en su sentencia se confirmará en lo pertinente su decisión.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, habida cuenta que en efecto el demandante cumplió los requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 para configurar su derecho a la pensión legal de vejez, por cuanto cumplió 62 años el 23 de septiembre de 2017 y acumuló más de 1.300 semanas de cotización (fls. 73 a 81).

En lo que respecta al reconocimiento pensional del demandante, se confirmará la decisión adoptada por la Juez de primera instancia, en el sentido de que una vez se efectué el traslado de las sumas ordenadas a **SKANDIA S.A., COLPENSIONES** procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en virtud de la Ley 797 de 2003, tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha de disfrute de la pensión.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

*atención de voto
salvo el punto de voto*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO y SALVAMENTO PARCIAL

DEMANDANTE: RAFAEL IGNACIO COTRINO BADILLO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 008 2019 00624 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta **aclaração de voto**, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

Adicionalmente, se presenta **salvamento de voto** respecto de la decisión de confirmar el reconocimiento de la pensión indexada dado que en la sentencia no se define la exigibilidad de la pensión porque se carece de elementos para determinar la fecha a partir de la cual se debe otorgar la prestación, el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la mesada pensional, y, en consecuencia, tampoco se define la causa para ordenar la actualización de valores indefinidos lo que daba lugar a revocar la decisión de primera instancia en ese aspecto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO y SALVAMENTO PARCIAL

DEMANDANTE: RAFAEL IGNACIO COTRINO BADILLO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 008 2019 00624 01

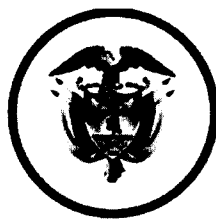
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta **aclaración de voto**, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

Adicionalmente, se presenta **salvamento de voto** respecto de la decisión de confirmar el reconocimiento de la pensión indexada dado que en la sentencia no se define la exigibilidad de la pensión porque se carece de elementos para determinar la fecha a partir de la cual se debe otorgar la prestación, el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la mesada pensional, y, en consecuencia, tampoco se define la causa para ordenar la actualización de valores indefinidos lo que daba lugar a revocar la decisión de primera instancia en ese aspecto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-00124-2021

Radicado N° 009-2018-00279-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de ambas partes contra la sentencia proferida el 07 de febrero de 2020 por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., la cual declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo del 14 de diciembre de 2015 al 13 de diciembre de 2016 y condenó al pago de la sanción por no pago de intereses de cesantías e indemnización moratoria, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada (fl. 94, 15:08 cd fl. 93).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA (fl. 2 a 8).**

RICARDO ALEXANDER BORDA MOLINA solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo del 14 de diciembre de 2015 al 13 de diciembre de 2016; en consecuencia, condenar al pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, indemnización por no pago de intereses a cesantías, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 14 de diciembre de 2015 firmó contrato de trabajo a término fijo con la demandada, relación que se extendió hasta el 13 de diciembre de 2016, siendo su salario de \$1.441.400, sin que el empleador haya efectuado el pago de la liquidación final del contrato.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 24 a 49).**

La **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** se opuso a las condenas en su contra. Aceptó los hechos relativos a la firma del contrato de trabajo a término fijo y su vigencia, afirmó que en 2015 el salario fue de \$1.350.000 y un ingreso no salarial de \$226.500 y en 2016 el salario ascendió a \$1.441.400 y un ingreso no salarial de \$241.800 y que canceló la liquidación final por \$2.910.901 incluyendo prestaciones y vacaciones, siendo que la intervención de SALUDCOOP EPS le generó una deuda de \$25.951.033.078 reconocida en la Resolución 1960 del 06 de marzo de 2017, situación que empeoró con la cesión de usuario hacia CAFESALUD E.P.S. mediante Resolución 2422 del 25 de noviembre de 2015, tras lo cual se autorizó la reorganización de dicha EPS con la Resolución 2426 del 19 de julio de 2017 con traslado de usuario a MEDIMAS E.P.S., lo cual permitió el pago paulatino de las acreencias laborales pese la medida cautelar de \$6.508.190.598 impuesta por la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en el proceso de responsabilidad fiscal 094-2013 mediante auto 0084 del 02 de octubre de 2017, lo que descarta mala fe. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, pago total de la obligación, imposibilidad de concurrencia de las sanciones de los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 CST, ausencia de dolo y mala fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 94, 15:08 cd fl. 93).

El 07 de febrero de 2020, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(...) PRIMERO: DECLARAR que entre el señor RICARDO ALEXANDER BORDA MOLINA y la demandada CORPORACIÓN NUESTRA IPS existió un contrato de trabajo de trabajo a término fijo, en

*el término del 14 de diciembre de 2015 hasta el 13 de diciembre de 2016, en los términos indicados en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONDENAR** a la CORPORACIÓN NUESTRA IPS a pagar a favor del señor RICARDO ALEXANDER BORDA MOLINA las siguientes sumas de dinero por los conceptos que a continuación se señalan: sanción por no pago de intereses a las cesantías \$157.758; indemnización moratoria por valor de \$13.885.468, valor que deberá ser indexado también como se indicó en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO: ABSOLVER** a CORPORACIÓN NUESTRA IPS de las demás pretensiones incoadas por el señor RICARDO ALEXANDER BORDA MOLINA, también como quedo explicado en la parte motiva de esta decisión. **CUARTO:** se tendrán por no probadas las excepciones planteadas por la entidad en su contestación. **QUINTO: COSTAS** serán a cargo de la parte pasiva tásense las agencias en \$750.000. (...)"*

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo por los periodos y con el salario reclamado y si se adeuda la liquidación final del contrato.

Para resolver indicó que no hubo controversia sobre la relación laboral, extremos temporales, cargo y salario. Afirmó que la demandada aceptó que no pagó la liquidación final del contrato y que se acreditó que si pagó los salarios y que el apoderado demandante informó que se pagaron los aportes a seguridad social, por tanto, procede la condena a prestaciones sociales y vacaciones, no obstante, la pasiva demostró que el 06 de febrero de 2020 los pagó por valor de \$2.910.901, sin que sus alegatos relativos a crisis financiera o embargos demuestren buena fe en el incumplimiento por lo menos hasta el 02 de octubre de 2017, fecha en que la Contraloría General de la Nación le impuso medidas cautelares, por tanto, condenó a la indemnización por no pago de intereses moratorios, a la indemnización moratoria del 14 de diciembre de 2016 al 03 de octubre de 2017, indexación y costas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El demandante **RICARDO ALEXANDER BORDA MOLINA** solicitó aplicar la sanción del artículo 65 CST, por cuanto el trabajador

no debe asumir las consecuencias de que no le paguen al empleador¹ (15:08 cd fl. 93).

La demandada **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** solicitó absolver de las condenas. Indicó que la indemnización del artículo 65 CST no procede de forma automática y que hay una línea jurisprudencial que señala que si el empleador actuó con lealtad, sin ánimo de ocultación o atropello no procede su imposición, tal u como ocurre en el presente asunto donde las EPS adeudan miles de millones a la demandada, tras lo cual ha hecho esfuerzos para el pago de las obligaciones laborales con leves retrasos e incluso intentó agotar fuentes de financiamiento externas, pero no fue posible y el 02 de octubre de 2017 se le impuso una medida cautelar en su contra, finalmente, existen casos similares donde se absolvió de la sanción por mora frente las prestaciones sociales² (17:45 cd fl. 93).

¹ Me permito interponer recurso de apelación contra su providencia y más concretamente, honorable Juez, en cuanto lo que tiene que ver con la indemnización moratoria porque su señoría manifestó que no hubo mala fe por parte del empleado pero nótese que ellos lo tienen como caballito de batalla en todas las demandas que tienen, aduciendo porque el estado les adeudaba la suma de 6 mil millones de pesos es esa razón suficiente para no cancelar dichos rubros, pues nótese que si efectivamente hay mala fe, porque qué culpa tienen los trabajadores de que a su empleador no le paguen en un momento determinado las cifras a que están comprometida, en ese orden de ideas honorable juez yo interpongo el recurso porque si se debe aplicar la sanción moratoria de acuerdo al artículo 65, esta es mi inconformidad honorable Juez, en esos términos dejo sustentado la apelación para los honorables magistrados de la sala laboral.

² Me permito interponer, en igual forma, el recurso de apelación contra la providencia en atención y en lo referente a la sanción por indemnización contenida en el artículo 65. En primer lugar, sustentando que ha establecido la jurisprudencia que no procede de manera automática sino que aplica una vez se verifique que existió mala fe por parte del empleador y bajo estos parámetros y existiendo un variado precedente judicial que comprueba la existencia de una línea jurisprudencial sólida, me permito hacer mención de la más reciente SL194 de 2019 del 23 de enero del 2019, con ponencia de la honorable magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dentro del expediente radicado 71.154 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se estableció las circunstancias para aplicar o no la sanción moratoria y que esta fuera una vez se realice un examen acucioso del material probatorio y resaltando que si de las circunstancias fácticas el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o atropello, debe ser absuelto por dicho concepto, en virtud de lo anterior se resalta que la realidad es ampliamente conocida, convirtiéndose en un hecho notorio la situación mencionada en la contestación de demanda en cuanto a mi representada, la cual se pudo acreditar con el interrogatorio del representante legal, pues la intervención de SALUDCOOP EPS por presuntas irregularidades fue en su momento conocida y publicada por medios de comunicación, presa, radial e inclusive televisión, como consecuencia de ello, se ha dicho que mi representada quedo con acreencias que supera los miles de millones, pues no se desconoce que la Corporación nació de la mano de dicha EPS, de la que con el paso del tiempo tuvo que desligarse en aras de garantizar las obligaciones para sus colaboradores y usuarios, sin embargo, después de casi 5 años de crisis se han gestiones tendientes a lograr la estabilidad de los actuales trabajadores y el pago de las obligaciones a favor de las personas que se han venido desvinculando de la Corporación, situación que es propia de un actuar leal, así las cosas, fueron casi 5 años en los que no se tenía pago por los servicios prestados y en algunas ocasiones solo se tenían pagos parciales, lo que generó incumplimientos con proveedores, arrendadores, prestadores y en general se incumplieron la totalidad de las obligaciones que estaban a cargo de la Corporación, lo que llevo a que se realizaran jornadas de dignificación laboral por parte de los trabajadores, a quienes se les realizaron los pagos con leves retrasos, se resalta que con posterioridad para el año 2015 la operación de los usuarios fue entregada a CAFESALUD EPS, entidad que acrecentó la crisis financiera ante la falta de pagos por

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó condenar al pago de la indemnización moratoria y de la indemnización por no consignación de cesantías de forma ultra y extra *petita*, por cuanto hubo mala fe del empleador, quien por la presión de la demanda pagó las prestaciones el 06 de febrero de 2020, cuatro años luego de finalizado el contrato de trabajo. Agotado el término de traslado, el apoderado de la **DEMANDADA** se abstuvo de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al demandante al pago de la indemnización por no pago de intereses a la cesantía y moratoria, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *1)* entre el demandante **RICARDO ALEXANDER BORDA MOLINA** y la

servicios prestados, por lo cual se procedió con las acciones judiciales pertinentes en aras de obtener los recursos adeudados por la referidas EPS, así mismo, se reitera que la crisis que generó la intervención de SALUDCOOP EPS, las condiciones económicas de la corporación se han visto afectadas, pues recuérdese en primer lugar que estamos frente a una entidad sin ánimo de lucro y, en segundo lugar, que los ingresos de esta dependen 100% de los servicios prestados por la Corporación, en virtud de ello es que se evidencia los motivos sobre los cuales se fundan los leves retrasos presentados por la corporación, además se resalta que la corporación intento agotar las demás fuentes de financiamiento externo para así poder tener acceso al sector financiero, pero dada la volatilidad del sector salud no pudo acceder a las mismas, aunado a lo anterior y tal como se soportó con los medios probatorios que obran en el expediente, la Contraloría mediante auto 0084 del 2 de octubre del 2017 decretó medidas cautelares sobre cuentas bancarias y bienes de la Corporación Nuestra Ips del proceso ordinario de responsabilidad fiscal, así mismo se resalta que los argumentos esbozados sobre la mora en el pago de prestaciones sociales han sido acogidos por despachos judiciales, creando así un precedente judicial, como lo fue el caso del proceso incoado por Gladys Irene Romero vs Corporación Nuestra Ips radicado 2018-537 ante el juzgado 20 laboral del circuito de Bogotá, por lo anterior, solicito se revoque la sentencia en lo relativo en la indemnización contenida en el artículo 65 y demás valores a los cuales se condenó a mi corporación, gracias.

demandada **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** existió un contrato de trabajo a término fijo, vigente del 14 de diciembre de 2015 al 13 de diciembre de 2016, para el desempeño del cargo de *psicólogo clínica familiar*, con un último salario de \$1.441.400, el cual finalizó por vencimiento del término pactado (fl. 2, cd fl. 23); **ii**) el valor de la liquidación final del prestaciones sociales y vacaciones corresponde a \$2.910.901 (fl. 2, cd fl. 23); **iii**) el 06 de febrero de 2020 la demandada pagó el monto de la liquidación final a través de transferencia electrónica (fl. 82).

- **Sobre la Indemnización Moratoria en Situación de Iliquidez o Insolvencia del Empleador.**

El artículo 65 CST consagró la imposición al empleador al pago de una suma equivalente a un día de salario en los eventos que se cumplen los presupuestos señalados en dichas normas.

Respecto de la naturaleza de dicha figura, la H. Sala de Casación de la CSJ ha indicado que no procede de forma automática, por cuanto al tener carácter sancionatorio es necesario acreditar, como un requisito para su causación, la mala fe del empleador al momento de incurrir en su comportamiento omisivo, por cuanto si éste aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta no proceden dichas condenas, tal y como reitero recientemente la H. CSJ en las sentencias SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL845 de 2021, SL1460 de 2021 entre otras.

Ahora bien, no han sido pocos los conflictos judiciales en los cuales el empleador que incumple el pago de los salarios y prestaciones sociales alega su situación de crisis, insolvencia o iliquidez como la causa del incumplimiento en el pago de dichas acreencias. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó que la conducta del empleador al momento en que incurrió en la mora es el único criterio que debe ser evaluado para establecer la procedencia o no de la condena al pago de esta indemnización, por tanto, en situaciones como

la reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observar si de buena o mala fe cesó en el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, SL845 de 2021, SL1885 de 2021, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo del 14 de diciembre de 2015 al 13 de diciembre de 2016 y condenó al pago de la sanción por no pago de intereses de cesantías e indemnización moratoria, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

El apoderado del demandante **RICARDO ALEXANDER BORDA MOLINA** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó aplicar la sanción del artículo 65 CST alegando que el trabajador no debe asumir las consecuencias de que no le paguen al empleador.

La apoderada de la demandada **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó ser absuelta de las condenas. Afirmó que no procede la indemnización moratoria por cuanto el empleador actuó con lealtad, sin ánimo de ocultación o atropello, siendo que el leve retraso en el pago de sus obligaciones laborales obedece a los miles de millones de pesos que las EPS le adeudas, falta de fuentes de financiamiento externas y medidas cautelares impuestas, existiendo casos similares al presente en donde fue absuelta de la sanción por mora.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, advirtiéndole a la parte demandante que no considerará su petición de condenar a la indemnización por no consignación de cesantías efectuada en sus

alegatos, por cuanto se trata de un tema que no fue planteado en el recurso de apelación ni constituye un derecho cierto e indiscutible del trabajador, por tanto, escapa de la competencia de este Tribunal, la cual se limita a resolver los asuntos expuestos en los recursos en apelación en virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS, sin que sea válido incluir nuevos motivos de reproche con posterioridad.

Realizada la anterior aclaración, resulta relevante considerar que conforme con el precedente normativo expuesto, la indemnización consagrada en el artículo 65 CST no es de aplicación automática, por cuanto al tratarse de una sanción debe acreditarse la mala fe del empleador para imponer su pago, tal y como ha sostenido de forma pacífica y reiterada la H. CSJ, por tanto, si el empleador acredita razones satisfactorias y justificativas de su omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, no procede la condena a la referida indemnización, tal y como ha sido expuesto en las sentencias SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL845 de 2021, SL1460 de 2021 entre otras.

En cuanto los casos donde el empleador alega dificultades económicas como razón de su omisión, la H. CSJ ha indicado que el Juez debe verificar su conducta al momento en que incurrió en la mora, para fijar si de buena o mala fe cesó el pago de las acreencias laborales, por cuanto si demuestra que estuvo imposibilitado para ello no procederá condena a la indemnización moratoria, conforme lo señalado en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, SL845 de 2021, SL1885 de 2021, entre otras.

En el presente asunto la demandada **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** alega una grave crisis financiera, que le generó una notoria insolvencia o iliquidez, como motivo que le imposibilitó el pago de la

liquidación final del demandante por \$2.910.901 desde el 13 de diciembre de 2016 hasta el 06 de febrero de 2020.

Ahora bien, visto el certificado de existencia y representación legal de dicha IPS expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social el 09 de marzo de 2021 (fl. 98), en ninguno de ellos se hace referencia a la inscripción de alguna medida de intervención o reorganización con ocasión de graves situaciones de insolvencia, a la vez que hace referencia de que la demandada cuenta con nueve (9) sedes.

A su vez, revisado el Anexo 1 Cuentas por Servicios de Salud de la Resolución 1960 del 06 de marzo de 2017, expedida por la agente especial liquidadora de SALUDCOOP E.P.S., si bien se observa que la demandada reclamó el pago de \$25.951.033.078, también se observa que se relacionó como pagada la suma de \$7.805.250.180 y como reconocida la suma de \$1.224.093.238, siendo glosada la suma de \$16.924.574.925, sin que la **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** acredite si dicho valor glosado se mantuvo o si contra el mismo presentó objeciones y de ser así como fueron resueltas, motivo por el cual no es posible concluir que el estado actual de dicha reclamación o su impacto en las finanzas de la demandada.

Así mismo, se allegó copia del auto 0084 proferido por la Contraloría General de la República el 02 de octubre de 2017, por el cual decreto el embargo y retención de las cuentas bancarias de la demandada por \$6.508.190.598 y el embargo de sus inmuebles por \$8.677.587.464, no obstante, de tal prueba no es posible inferir la imposibilidad, más allá de cualquier medida, de **NUESTRA CORPORACIÓN IPS** para efectuar el pago de la liquidación final del demandante.

A juicio de esta Sala, se echa de menos una prueba contundente, tal y como la inscripción de medidas de intervención o salvamento que hubieran imposibilitado a la demandada el manejo de su patrimonio sin autorización previa conforme el artículo 116 del Decreto Ley 663 de 1993 o la Ley 1116 de 2006, o los estados

financieros de la demandada para los años 2016 a 2020 o su flujo de caja, que acredite la imposibilidad en el cumplimiento en el pago de las obligaciones laborales reclamadas.

Así las cosas, si bien el suscrito magistrado ponente en las sentencias de segunda instancia proferidas el 30 de septiembre de 2020 en el proceso 11-2018-00344-01 y el 26 de marzo de 2021 en el proceso 15-2014-00164-02 señaló que la situación de insolvencia del empleador excluye la condena a la indemnización moratoria, en el presente asunto no se cumplen las mismas condiciones para arribar a la misma conclusión, toda vez que en el primer proceso señalado se determinó que a la sociedad empleadora le fue prohibido realizar pagos sin autorización previa del Juez del concurso en virtud del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, mientras que en el segundo caso se acreditó que a una de las sociedades consorciadas se ordenó su liquidación judicial, presupuestos que no se acreditan en el actual caso bajo estudio.

Finalmente, la Sala advierte que la copia de las consultas de los procesos judiciales allegados tampoco acreditan la imposibilidad del empleador para el pago de la liquidación final del contrato de trabajo del demandante, por cuanto el proceso 11001310501520170016400 no registra actuación alguna desde el 08 de agosto de 2017, el proceso 11001310302120170053100 no registra actuación alguna desde el 19 de julio de 2018 y el proceso 11001310501920170016600 no refleja actuaciones desde el 09 de febrero de 2018, de lo cual se infiere que la sociedad demandada no ha desplegado esfuerzo alguno a fin de continuar con el impulso de dichos procesos y, por tanto, no se puede concluir que el tiempo en el cual no pagó sus acreencias laborales hubiera sido porque desvió todos sus esfuerzo a perseguir el cobro de las presuntas acreencias adeudadas por las EPS, más aún cuando, se reitera, no allegó copia de la situación actual de las eventuales reclamaciones que hubiera realizado en los procesos de liquidación de CAFESALUD E.P.S. y SALUDCOOP E.P.S.

Por las anteriores consideraciones, la Sala modificará la sentencia de primera instancia y en su lugar ordenará el pago de la indemnización moratoria causada desde el 14 de diciembre de 2016, día siguiente a la terminación del contrato de trabajo, hasta el 05 de febrero de 2020, día anterior al pago de las prestaciones sociales contenidas en la liquidación final del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 CST.

Así las cosas, la precitada indemnización se calcula sobre el último salario de \$1.441.400, a razón de un día de salario por cada día de mora por los primeros 24 meses y a partir del primer día del mes 25 por los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA sobre el capital insoluto por prestaciones sociales, que conforme con la liquidación final del contrato asciende a \$2.190.201.

Efectuados los cálculos correspondientes, se tiene que el valor de la precitada indemnización asciende a \$35.516.644:

| Desde | Hasta | Días | Salario | Salario diario | Valor |
|------------|------------|------|--------------|----------------|---------------|
| 14/06/2016 | 13/06/2018 | 720 | \$ 1.441.400 | \$ 48.047 | \$ 34.593.600 |

| Desde | Hasta | Capital | Días mora | Interés mora Superfinanciera | | | Subtotal |
|------------|------------|--------------|-----------|------------------------------|--------|---------|------------|
| | | | | Resolución | Anual | Diario | |
| 14/06/2018 | 30/06/2018 | \$ 2.190.201 | 17 | 820 | 30,42% | 0,0728% | \$ 27.103 |
| 1/07/2018 | 31/07/2018 | \$ 2.190.201 | 31 | 954 | 30,05% | 0,0720% | \$ 48.893 |
| 1/08/2018 | 31/08/2018 | \$ 2.190.201 | 31 | 1112 | 29,91% | 0,0717% | \$ 48.693 |
| 1/09/2018 | 30/09/2018 | \$ 2.190.201 | 30 | 1294 | 29,72% | 0,0713% | \$ 46.852 |
| 1/10/2018 | 31/10/2018 | \$ 2.190.201 | 31 | 1521 | 29,45% | 0,0707% | \$ 48.033 |
| 1/11/2018 | 30/11/2018 | \$ 2.190.201 | 30 | 1708 | 29,24% | 0,0703% | \$ 46.191 |
| 1/12/2018 | 31/12/2018 | \$ 2.190.201 | 31 | 1872 | 29,10% | 0,0700% | \$ 47.529 |
| 1/01/2019 | 31/01/2019 | \$ 2.190.201 | 31 | 111 | 28,74% | 0,0692% | \$ 47.009 |
| 1/02/2019 | 28/02/2019 | \$ 2.190.201 | 28 | 263 | 29,55% | 0,0710% | \$ 43.514 |
| 1/03/2019 | 31/03/2019 | \$ 2.190.201 | 31 | 389 | 29,06% | 0,0699% | \$ 47.471 |
| 1/04/2019 | 30/04/2019 | \$ 2.190.201 | 30 | 574 | 28,98% | 0,0697% | \$ 45.828 |
| 1/05/2019 | 31/05/2019 | \$ 2.190.201 | 31 | 697 | 29,01% | 0,0698% | \$ 47.399 |
| 1/06/2019 | 30/06/2019 | \$ 2.190.201 | 30 | 829 | 28,95% | 0,0697% | \$ 45.786 |
| 1/07/2019 | 31/07/2019 | \$ 2.190.201 | 31 | 1018 | 28,92% | 0,0696% | \$ 47.269 |
| 1/08/2019 | 31/08/2019 | \$ 2.190.201 | 31 | 1145 | 28,98% | 0,0697% | \$ 47.355 |
| 1/09/2019 | 30/09/2019 | \$ 2.190.201 | 30 | 1293 | 28,98% | 0,0697% | \$ 45.828 |
| 1/10/2019 | 31/10/2019 | \$ 2.190.201 | 31 | 1474 | 28,65% | 0,0690% | \$ 46.879 |
| 1/11/2019 | 30/11/2019 | \$ 2.190.201 | 30 | 1603 | 28,55% | 0,0688% | \$ 45.226 |
| 1/12/2019 | 31/12/2019 | \$ 2.190.201 | 31 | 1768 | 28,37% | 0,0684% | \$ 46.473 |
| 1/01/2020 | 31/01/2020 | \$ 2.190.201 | 31 | 94 | 28,16% | 0,0680% | \$ 46.168 |
| 1/02/2020 | 5/02/2020 | \$ 2.190.201 | 5 | 205 | 28,59% | 0,0689% | \$ 7.547 |
| TOTAL | | | | | | | \$ 923.044 |

| | |
|------------|---------------|
| subtotal 1 | \$ 34.593.600 |
| subtotal 2 | \$ 923.044 |
| TOTAL | \$ 35.516.644 |

La precitada suma deberá ser indexada al momento de su pago, tomando como IPC inicial el del mes de febrero de 2020 y como IPC final el del mes en que se efectúe su pago.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **FIJAR** como valor de la condena por concepto de indemnización moratorios del artículo 65 CST la suma de \$35.516.644, cifra que deberá ser indexada al momento de su pago tomando como IPC inicial el del mes de febrero de 2020 y como IPC final el del mes en que se efectúe su pago. Los demás apartes del precitado numeral se mantienen incólumes.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

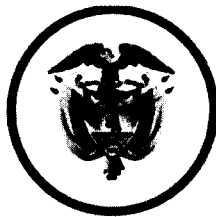
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0129-2021

Radicado N° 14 2018 00165 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

RUTH MERY NARANJO BOHORQUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 1° de agosto de 1963; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 11 de abril de 1984 y el 31 de marzo de 2005 y cotizó a dicha entidad un total de 1.068,71 semanas; que en el año 2005 cuando prestaba sus servicios a la empresa Informática y Gestión, asesores comerciales de PORVENIR realizaron reuniones colectivas para promover el traslado de régimen; que el 2 de febrero de 2005, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR; que al momento del traslado el Fondo demandado no le suministró con transparencia la información relacionada con las ventajas y desventajas, implicaciones y beneficios del traslado de régimen pensional en su situación particular; que el 30 de octubre de 2017, solicitó a COLPENSIONES autorizar el respectivo traslado de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, la afiliación inicial a dicha entidad, el traslado de régimen y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (fls. 74 a 83).

La AFP PORVENIR se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la fecha de traslado del RPM al RAIS y la afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las

obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 120 a 129).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la señora RUTH MERY NARANJO BOHORQUEZ del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. **SEGUNDO:** En consecuencia de ello, SEÑALAR que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto, siempre estuvo la demandante afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro de la demandante. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las convocadas a juicio, en relación con las pretensiones que alcanzaron prosperidad. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada PORVENIR S.A., por haber sido vencida en juicio, en su oportunidad se tasarán”.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó

haber cumplido con el deber de información al momento del traslado del demandante y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR**, pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que su representada cumplió con el deber de información en los términos en que la ley lo exigía para el momento del traslado de la actora, que no es dable imponer cargas o requisitos adicionales a los que las normas contemplaban en ese momento, pues estos resultan de imposible acreditación y cumplimiento, dice que de todas formas la demandante no cumplió con la carga que le impone el artículo 177 del CGP en cuanto solo obran como pruebas el interrogatorio de la misma demandante y un testimonio que carece de credibilidad en cuanto también tiene un proceso en contra de su representada. Adicionalmente expresa que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003 y que la actora nunca manifestó inconformidad alguna con su afiliación al RAIS. Dice que en caso de confirmarse la decisión no procedería la devolución del seguro previsional ni de los gastos de administración porque estos valores no forman parte integral de la pensión y por ello se encuentran prescritos.

COLPENSIONES solicita en el recurso que se revoque la decisión de primera instancia. Aduce que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria, que no es procedente el traslado ordenado en cuanto la actora se encuentra incurso en la prohibición definida en la Ley 797 de 2003, que debe tenerse en cuenta lo manifestado por el H. Magistrado de la Corte Suprema Dr. Jorge Luis Quiroz, quien manifiesta que la ineficacia de traslado solo procede para aquellas personas que eran beneficiarias del régimen de transición, caso que no corresponde al de la demandante, expresa

además que durante su permanencia en el RAIS la actora convalidó la aplicación de éste a su situación pensional, que no es procedente invertir la carga de la prueba en cuanto la AFP no se encontraba en la obligación de realizar proyecciones pensionales en el momento del traslado y por ello es la actor quien debe probar que no se cumplió con el deber de información.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto la demandante se encuentra dentro de una prohibición legal para regresar al RPM. El apoderado de la AFP PORVENIR solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento del deber de información en los términos que exige la jurisprudencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió

con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 1° de agosto de 1963 (fl. 4); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 11 de abril de 1984 y el 31 de marzo de 2005 por un total de 1.064,43 semanas (fls. 8 a 12); **iii)** que el 2 de febrero de 2005 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR (fl. 102); **iv)** que el 30 de octubre de 2017 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fls. 5 y 6).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó

en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual aspecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada*

a los *parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora RUTH MERY NARANJO BOHORQUEZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 2 de febrero de 2005 (fl. 102), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 2 min. 08:25), pues al efecto solo manifestó que los asesores de PORVENIR realizaron una reunión general en la empresa que trabajaba, que solo les

mencionaron que el ISS se iba acabar y que las condiciones pensionales en dicho fondo serían mejores, que también le dijeron que si continuaba en el ISS eventualmente perdería la pensión de sobrevivientes de su esposo.

Frente a lo manifestado por YANIRA INES OCHOA PUENTES (Cd. 2 min. 18:43) en diligencia de testimonio, tampoco se advierte nada relevante sobre el particular, en tanto solo refirió que en la empresa donde laboraban unos asesores de PORVENIR realizaron una reunión general para promover el traslado de régimen, que también les ofrecieron que se inscribiera en cesantías a dicho fondo porque tenía mayor rendimiento que Skandia, fondo de cesantías en el cual se encontraban para ese momento, que sobre las pensiones les informaron que en dicho fondo tendrían mayores rendimientos y mejores condiciones pensional.

Si bien la apoderada de PORVENIR aduce en el recurso que la testigo carece de imparcialidad porque también tiene una demanda contra la entidad, lo cierto es que para la Sala este solo hecho no le resta credibilidad en cuanto su conocimiento deviene por constarle directamente los hechos narrados, y de todas formas no resulta relevante lo manifestado por la testigo en cuanto nada se refiere sobre el cumplimiento del deber de información.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que

incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Dado que la juez de primera instancia no definió la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral tercero de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: ORDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *aplausión de vts*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RUTH MERY NARANJO BOHORQUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 014 2018 00165 01

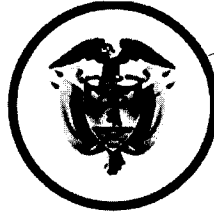
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-00121-2021

Radicado N° 15-2013-00648-02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **EPS SURAMERICANA S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, en contra de la sentencia proferida el 23 de julio de 2019 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó a la **ADRES** al pago de \$538.471.610 por recobros, indexados desde la fecha de radicación de la demanda, absolvió al **CONSORCIO SAYP 2011** de las pretensiones y condenó en costas a la **ADRES** (fl. 413, 01:30:14 cd fl. 412).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 50, 82).**

EPS SURAMERICANA S.A. solicitó condenar al pago de 106 recobros por servicios y tecnologías en salud NO POS, intereses moratorios desde la fecha del pago efectuado a la IPS, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que prestó los servicios y tecnologías en salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud - POS, no cobijados por el Acuerdo 008 de 2009, en cumplimiento de decisiones del Comité Técnico Científico - CTC, cuyo monto asciende a \$541.866.338, tras lo cual radicó de forma oportuna y reiterada recobros ante el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, los que fueron glosados por requisitos formales, por lo que debió esperar que fueran devueltos en físico para subsanarlos y volverlos a presentar, sin que hubieren sido pagados a pesar de reunir todos los requisitos.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** se opuso a todas las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que la EPS presentó 105 recobros y que éstos fueron objeto de glosas únicas y combinadas por parte del ente auditor del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, ya que en su mayoría son servicios incluidos en el POS; que la EPS presentó radicación excepcional de dichos recobros conforme el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012, alegando divergencias recurrentes y diecisiete (17) de ellos fueron aprobados por un valor de \$74.467.092, por ende, no adeuda ninguno de los conceptos reclamados, mucho menos intereses moratorios porque no están fijados en el Decreto Ley 1281 de 2002 para el caso de los recobros por servicios NO POS. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, culpa exclusiva de la EPS recobrante y pago (fl. 106 a 167).

En auto del 12 de septiembre de 2016 el *a quo* obedeció y cumplió lo dispuesto por el superior y vinculó al **CONSORCIO SAYP 2011**, conformado por FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX S.A. Dicho ente consorcial se opuso a las pretensiones y no aceptó ningún hecho. Señaló que administró los recursos del FOSYGA en virtud del contrato fiduciario 467 del 23 de septiembre de 2011, el cual finalizó el 31 de julio de 2017, actividad que realiza la **ADRES** desde el 1° de agosto de 2017 en virtud del Decreto 1429 de 2016 y Decreto 546 de

2017, tras lo cual se extinguió el Consorcio porque terminó el objeto para el cual fue creado; igualmente, indicó que la EPS puede recobrar servicios NO POS al FOSYGA acatando los requisitos de presentación, rechazo, devolución, inconsistencia y aprobación condicionada, conforme las distintas resoluciones que regularan los recobros, pero aclaró que nunca realizó la auditoría integral ya que al Consorcio solo le correspondía realizar el pago según el resultado de la firma auditora, por tanto, no le asiste responsabilidad en lo pretendido. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligación indemnizatoria por falta de nexo causal en la imputación de daño antijurídico, inexistencia de responsabilidad solidaria, imposibilidad jurídica, inexistencia de daño antijurídico, prescripción y la innominada (fl. 261 a 277).

Mediante auto del 20 de noviembre de 2018 se aceptó la sustitución procesal de la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** por parte de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** (fl. 257).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 413, 01:30:14 cd fl. 412).

El 23 de julio de 2019, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar al demandante la suma de \$538.471.610 por concepto de los recobros que eran objeto del presente proceso, suma que se cancelará debidamente indexada o actualizada desde la fecha de radicación de la presente acción, el día 03 de septiembre del año 2013 y hasta el momento efectivo de su pago por parte de la ADRES, conforme lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: ABSOLVER al CONSORCIO SAYP 2011 de todas las pretensiones invocadas en la presente acción e igualmente absolver a la ADRES de la pretensión relacionada con el reconocimiento de los intereses moratorios sobre las sumas que son objeto de condena en el numeral primero de la parte resolutive de la presente providencia. TERCERO: CONDENAR en costas a la demandada ADRES y a favor de la parte actora, para el

*efecto se fija cómo agencias en derecho lo correspondiente a 10 salarios mínimos legales mensual vigentes para el año 2019. **SIN COSTAS** respecto al **CONSORCIO SAYP 2011**. **CUARTO:** si la presente Providencia no fuera impugnada y dada la naturaleza jurídica de la **ADRES** se remitirán entonces las diligencias al superior para efectos de que las revise en el grado jurisdiccional de consulta. (...)"*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si le asiste el derecho a la EPS al pago de \$541.866.338 por concepto de 106 recobros por servicios médicos NO POS y al pago de intereses moratorios desde la fecha en que la EPS canceló dichos servicios.

Para resolver indicó que los recobros no están prescritos porque los servicios de salud se prestaron entre noviembre de 2009 y mayo de 2010, siendo presentado el formato de recobro en 2011 y 2012, el cual interrumpió la prescripción y suspendió su conteo hasta la fecha en que se comunicaron las glosas y la demanda fue presentada en 2013, por lo que no se superó el término trienal. Aseguró que el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS consagra el reembolso de los pagos que hacen las EPS por servicios NO POS y la prohibición de financiamiento público de servicios cosméticos; no obstante, la nota externa 201433200296233 del 10 de noviembre de 2014, resolvió una divergencia recurrente al señalar que son servicios NO POS recobrables la abdominoplastia post bariátrica, la braquioplastia, la braquioplastia post bariátrica, dermolipectomía posterior post bariátrica, la dermolipectomía muslos post bypass gástrico, lifting de muslos, mamopexia unilateral, mamoplastia reducción bilateral, puboplastia y la torsoplastia, siempre y cuando, a pesar de tener un fin estético, sean expresamente ordenados en un fallo de tutela o se realicen como consecuencia de un tratamiento por enfermedad general y comorbilidades asociadas o de un tratamiento NO POS, tal y como ocurrió en el caso con todos los recobros. Condenó a la **ADRES** a pagar \$538.471.610, absolvió al **CONSORCIO SAYP 2011** porque solo era un administrador, absolvió de los intereses moratorios porque solo aplican al trámite administrativo de recobro y

no a su reclamo judicial y ordenó indexar la condena desde la fecha de radicación de la demanda.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandante **EPS SURAMERICANA S.A.** solicitó condenar a intereses moratorios. Señaló que se acreditó que las glosas fueron infundadas; que el FOSYGA hoy **ADRES**, es un actor directo en el flujo de recursos del SGSSS conforme el artículo 1° del Decreto Ley 1281 de 2002 y que la EPS no contó oportunamente con dichos recursos, por tanto, la **ADRES** debe pagar intereses moratorios por incumplir su deber de reconocer y girar de forma oportuna los recursos frente una atención que no debe financiar la EPS, tal y como ha indicado la H. Corte Constitucional en las sentencias C-088 de 1999, C-428 de 2002, C-326 de 2000, C-965 de 2003¹ (01:32:52 cd fl. 412).

¹ Gracias señor Juez. Me permito interponer recurso de apelación contra la decisión proferida por el juez 15 laboral del circuito de Bogotá, el cual procedo a sustentar en los siguientes términos. Solicitó a los honorables magistrados del tribunal de Bogotá que conozcan el presente recurso de apelación en segunda instancia se confirme la decisión dictada por el juez 15 laboral circuito Bogotá, relacionada con las condenas en relación a los recobros objeto de la presente demanda, toda vez que luego de un nutrido debate probatorio logró demostrarse que las glosas impuestos a los mismos carecían de la legalidad alegada en la contestación de demanda y que por tanto era procedente el reconocimiento pretendido, no obstante, solicito se revoque la absolución que se realiza referente a los intereses moratorios consagrados en el Decreto Ley 1281 del 2002, conforme a lo que paso a exponer. En el presente proceso ha quedado claro y no sido objeto de discusión que el FOSYGA en su momento fue sustituido hoy la ADRESS forma parte o es un actor directo dentro del flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y así lo definido el mismo Decreto Ley 1281 de 2002 en su artículo 1°, donde indicó que frente la eficiencia y oportunidad en el manejo de los recursos debía entenderse: “Para efectos del presente decreto, se entenderá por eficiencia, la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles para que los beneficios que se garantizan con los recursos del Sector Salud de que trata el presente decreto, se presten en forma adecuada y oportuna. La oportunidad hace referencia a los términos dentro de los cuales cada una de las entidades, instituciones y personas, que intervienen en la generación, el recaudo, presupuestación, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos, deberán cumplir sus obligaciones, en forma tal que no se afecte el derecho de ninguno de los actores a recibir el pronto pago de los servicios a su cargo y fundamentalmente a que se garantice el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población del país”, en el presente caso, ha quedado nutridamente y ampliamente demostrado que la ADRES antes FOSYGA, cómo cuenta adscrita al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, estaba en la obligación de reembolsar los recobros objeto de esta demanda, la EPS SURA no contó oportunamente con dichos recursos, por lo que se afectó la oportunidad que consagra la norma y por tanto el Ministerio hoy sustituido en la administración de los recursos por la ADRES debe ser objeto de condena a dichos recursos, en tal sentido se pronunció el Consejo de Estado en los conceptos y sentencias que se indicaron en los alegatos de conclusión y que fueron descritos por el señor Juez en esta decisión que se recurre. No existe entonces duda que el MINISTERIO como actor dentro del flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como actor directo tal y como se indicó en norma reciente que fue citada en los alegatos de conclusión por esta apoderada, estaba en la obligación de reconocer y girar de forma oportuna los recursos objetos de esta demanda, por lo que dicho actuar le generó un perjuicio grave a la entidad, que no contó con los mismos para financiar las atenciones de la población a su cargo, que debió asumir una carga que por Ley no estaba llamada asumir y por tanto, resultan procedentes dichos intereses, en tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en innumerables sentencias como las que cito a continuación, como ejemplo, la sentencia C-088 del 99, la C-428 del 2002, la C-326 del 2000, la C-965 del 2003, la C-604 del 2002, frente a la C-604 el 2002 la Corte Constitucional textualmente indicó: “los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios del acreedor por tener consigo el dinero

La demandada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** solicitó revocar las condenas en su contra. Aseguró que el *a quo* no consideró las glosas derivadas del incumplimiento de la EPS de los requisitos normativos del trámite de recobro, las cuales demuestran que no procede ordenar su pago porque son cirugías estéticas que no admiten financiamiento público, además la nueva auditoría integral por divergencia recurrente autorizó un pago de \$74.000.000, suma que no fue considerada en el monto de la condena y esto causa una doble erogación en detrimento de los recursos del SGSSS; aduce que también se demostró que algunas cirugías eran POS; que el recobro fue extemporáneo; que no se acreditó el reporte al Sistema de Información de Precios de Medicamentos – SISMED; que la información en físico no se correspondía a la del medio magnético; que hay irregularidades en el diligenciamiento del Formulario MYT01, errores en el cálculo recobrado y se generó la prescripción porque el término para ello en caso de recobros es de 2 años, por tanto, el comportamiento omisivo de la EPS no puede generar consecuencias contra la **ADRES**² (01:38:51 cd fl. 412).

en la oportunidad debida, la mora genera que sea hagan correr en contra el deudor los daños y perjuicios llamados moratorios, que representan el perjuicio causado por el acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación”, de igual forma, en la sentencia C-188 del 99 la Corte Constitucional indicó frente a la condena al estado de intereses de mora: “para la Corte es claro que el principio de igualdad y equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes los intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos y ello a partir del primer día retardado en el pago, las obligaciones en mora a cargo del estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar dicho rédito durante seis meses con notorio perjuicios para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados, durante ese tiempo el dinero no recibido por el acreedor pierde poder adquisitivo y no existe razón válida para que esa pérdida la deba soportar el particular y no el Estado que incumple, es evidente la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política toda vez que con independencia de si el deudor es el gobernado o el ente oficial, el hecho es lo mismo y como las circunstancias son equivalentes el daño económico que sufre el acreedor por causa de la mora es idéntico y las obligaciones asumidas por las entidades públicas no tienen alcance jurídico diverso de las que están a cargo de las personas privadas”. De conformidad con lo anterior, solicito a los honorables magistrados se realice interpretación diferente a la realizada por el Juez a quo y en su lugar revoquen la decisión de primera instancia de absolver frente a los intereses de mora pretendidos y en su lugar se condene a los mismos. Dejo así presentados mis argumentos de apelación, gracias.

² su Señoría, muchas gracias. En este estado de la audiencia interpongo recurso apelación ante la honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, teniendo en cuenta que frente al caso que nos ocupa quisiera hacer unas apreciaciones y lo hago señor Juez con todo respeto y es que frente al cuadro inicial, el cuadro 2 en donde fuimos condenados por el valor de \$4000000 no recuerdo el total, en dónde se establece que fue glosado porque ya han sido pagados por el FOSYGA, en ese entendido quisiera referirme a que estamos hablando de recursos del Estado frente al tema de salud y que cuando ya han sido pagado por el FOSYGA pues estás estos valores no se pueden cumplir nuevamente porque se estaría frente a un doble pago, quisiera ser esa apreciación respecto de eso. Frente al cuadro 3 referente a lo de la factura, donde le impusieron el código 4, quisiera también hacer la aclaración que el ente auditor, cuando hace la auditoría integral hace la revisión de cada recobro con sus anexos y sus soportes documentales, la ley que

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la **DEMANDANTE** solicitó acceder a su recurso, pues considera que sí procede condenar a intereses moratorios, sin que sea válido cuestionar a la EPS por no acudir a trámites excepcionales ya que ello es potestativo, y que la prescripción no se configura en menos de 3 años, además, las notas externas indican que la cirugía bariátrica es NO POS y por tanto las plastias recobradas son NO POS porque son conexas o derivadas del bypass gástrico por laparoscopia y también proceden los intereses del Decreto Ley 1281 de 2002 en vía judicial porque reparan los perjuicios causados por la imposición de glosas infundadas, lo cual reafirma el artículo 24 del Decreto 4747 de 2007 y sentencias del H. Consejo de Estado, por ende, solo se pierden los intereses moratorios por extemporaneidad del recobro o acogimiento al trámite excepcional de divergencias recurrentes o glosa transversal, lo cual no ocurrió en el caso. Por su parte, la demandada **ADRES** solicitó acceder a su recurso

aplica, el tema que si es POS o NO POS, el servicio que se presta y demás, pero vemos que frente a este caso solamente se tiene en cuenta el aporte documental con la demanda desconociéndose que hubo un trámite de auditoría, un resultado de auditoría hecho por un ente contratado, con la responsabilidad y la obligación de haber hecho una auditoría cabalidad y donde se asume la buena fe que fue hecha con veracidad, no obstante a eso, no nos podemos referir solamente a la documental o a los soportes que en este momento de la presentación de la demanda ya nos aporta la entidad demandante, porque quedaría en tela de juicio la actividad que se realizó por el ente auditor frente a eso. Frente al cuadro 4 código 6 no aporta acta de Comité Técnico Científico, quedaría la misma apreciación porque solamente se denota los aportes con la demanda, donde se puede verificar y en donde yo no voy a entrar a decir que no la aportaron porque eso ahí hace parte de las documentales y anexos de la demanda, pero con ese entendido no podemos asegurar que la glosa que fue impuesta por ese ente auditor, como ya lo indique y donde glosó porque indicó que no aportó el acta de comité para ser aprobado pues precisamente el resultado o el estado del recobro daba como rechazado en ese momento. Frente al cuadro 11 código 46 que el usuario se encontraba fallecido para el tiempo de la prestación de servicio, señor Juez, quisiera comentarle que para su momento el ente auditor y el insumo qué es entregado por la Registraduría se hace periódicamente porque nosotros antes de hacer la revisión y digo nosotros por la Entidad a la cual represento, pues es un listado y es un informe que entrega la Registraduría y si en su momento el ente auditor estableció que estaba fallecido, pues con todo respeto el Juzgado debió haber hecho el cotejo de solicitar al Registraduría si por la fecha o con la defunción si ese usuario estaba fallecido no, porque estamos entre lo que dice o presenta en su base la aquí demandante con lo que a nosotros no registra en nuestras bases de datos. Frente y por último el cuadro 12 código 47 en dónde presenta inconsistencias, me refiero lo mismo señor Juez, denota esas inconsistencias un resultado de una auditoría en donde no se puede establecer que la glosa fue infundada, porque no se puede hacer una apreciación subjetiva frente a un resultado entregado y que fue comunicado a la demandante, quisiera aclarar que cuando se le informa la glosa impuesta es diferente a la devolución y que es como la comunicación oficial y que le da el término a la demandante para que presente nuevamente si quiere subsanar o hacer la reclamación respectiva frente a glosa que fue impuesta, en ese entendido también quisiera referirme al tema de la prescripción, si bien es cierto y le agradezco señor juez haber tomado la posición Trienal frente a la prescripción, si quisiera referirme que la presentación que mutuo propio y por voluntad la entidad demandante tiene a bien y acogiendo a una postura que da el MINISTERIO DE SALUD para que lo presente por radicación excepcional, está no interrumpe el término de la prescripción, en ese entendido solicitamos se exonere a la entidad demandada que represento ADRES al pago de las sumas en que fuimos condenados el día de hoy, frente al tema también de la indexación y frente al tema de costas en el proceso. Gracias su Señoría.

porque condenar a los recobros desconoce que la EPS incumplió los requisitos del trámite de recobro y ello conllevó a las glosas, además pagar el recobro de servicios POS es un doble pago, que las cirugías estéticas no tienen financiamiento público y las cirugías plásticas reparadoras o funcionales son POS en virtud de los artículos 8 y 36 de la Resolución 6408 de 2016, también alegó que no fueron valoradas las glosas impuestas, las cuales no subsanó la EPS, ni tampoco se consideró el valor del pago autorizado en el trámite de divergencia recurrente, finalmente, reiteró que la prescripción se causa a los 2 años de la fecha de generación o establecimiento de la obligación de pago conforme sentencias de la H. Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. citadas y que no proceden ordenar la indexación. Agotado el término de traslado, la demandada **CONSORCIO SAYP 2011** no presentó alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **ADRES**, su calidad de administradora de derecho público de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la **ADRES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la **EPS SURAMERICANA S.A.** al reconocimiento y pago por parte de la demandada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD**

SOCIAL EN SALUD – ADRES de los bienes y servicios de salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (**UPC**) del Plan de Beneficios en Salud (**PBS**), antes Plan Obligatorio de Salud (**POS**), presuntamente suministrados a sus afiliados; en caso afirmativo, establecer la procedencia de ordenar el pago de intereses moratorios, costas y agencias en derecho, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto las demandadas no aceptaron ningún hecho, por lo tanto, todos los presupuestos fácticos de la demanda son objeto de controversia y deben ser verificados para resolver el problema jurídico planteado.

- Sobre la Prestación de Servicios y Tecnologías de Salud No Financiadas con la UPC del Plan de Beneficios en Salud.

Los artículos 48 y 49 constitucionales consagran la obligación de la Nación de garantizar la prestación del servicio público de seguridad social y la atención en salud, a través de los medios preventivos o las tecnologías que permitan su protección y recuperación. A fin de materializar dichos deberes, se expidió la Ley 100 de 1993, que en su artículo 152 adoptó el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos útiles para regular el servicio público esencial de salud y promover el acceso universal de la población al mismo.

Por su parte, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, creó tanto el Régimen Contributivo como al Régimen Subsidiado de Salud y consagró que los afiliados de ambos regímenes tienen el derecho a acceder a los beneficios consagrados en el Capítulo III del Título I del Libro II de dicha Ley, a saber, Plan Obligatorio de Salud – POS hoy denominado Plan de Beneficios en Salud – PBS, financiado con la Unidad de Pago por Capitación - UPC (literal c) artículo 156, numeral 1 artículo 159, artículo 162 *ibídem*). De otra parte, la Ley 100 de 1993 dispuso la creación de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y de

las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), siendo responsables las primeras de la afiliación, registro y recaudo de cotizaciones y garantizar la prestación del PBS a través de la red de IPS contratada para atender su población afiliada (artículos 177, 178, 179, 181, 183, 185 *ibídem*).

La responsabilidad de la EPS se limita, en principio, a garantizar que la red de IPS contratadas preste el PBS en los términos señalados en los artículos 177, 179 y 182 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, Plan que se actualiza periódicamente por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social, en cumplimiento del parágrafo 2 del artículo 162 *ibídem* y atendiendo las facultades otorgadas en el Decreto 2562 de 2012. No obstante, es relevante considerar que el PBS **no incluye todos los servicios y tecnologías de salud**, por tanto, hay insumos, medicamentos y procedimientos no cubiertos, de los cuales algunos son financiados con los recursos públicos de la salud.

Así las cosas, desde la Resolución 5261 de 1994, se indicó que toda intervención que no pretenda el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad o que tenga fines cosméticos, estéticos y suntuarios no son financiadas con los recursos públicos de la salud, exclusión que fue reiterada en el artículo 6 del Acuerdo 28 de 2011, el artículo 49 del Acuerdo 29 de 2011, expedido por la extinta Comisión de Regulación en Salud – CRES y finalmente en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, el cual definió un total de 6 criterios de exclusión, a partir de los cuales el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL ha emitido varias Resoluciones con el listado de intervenciones no financiadas con recursos públicos de la salud (Resolución 330 de 2017, 5267 de 2017, 687 de 2018, 244 de 2019, 956 de 2020).

De otra parte, hay servicios y tecnologías en salud NO PBS que en todo caso si son financiadas con los recursos públicos de la Salud, por cuanto el ejercicio de la autonomía médica y el avance tecnológico conlleva que intervenciones no reconocidas expresamente en las

resoluciones que actualizan el PBS, pero con evidencia científica de su efectividad para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad sea ordenadas, caso en el cual tales servicios y tecnologías en salud pasan a ser financiadas por la Nación, para los afiliados al régimen contributivo, o por los departamentos en tratándose de los beneficiarios del régimen subsidiado, conforme el artículo 43.2.2. de la Ley 715 de 2001.

La posibilidad de financiamiento con recursos públicos de la salud de intervenciones NO PBS obedece a que de forma paralela al mecanismo de protección colectiva (PBS financiado con la UPC), existe otro mecanismo de protección individual para los servicios y tecnologías no cubiertas por la UPC, siempre y cuando no estén excluidos de financiamiento público.

Este mecanismo de protección individual fue reafirmado por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, donde reiteró que el derecho fundamental a la salud conlleva la garantía de acceso a los servicios que se requieran, sin importar si están o no en el plan de salud. En consecuencia, la Alta Corporación indicó expresamente que a pesar que el mecanismo de protección individual no fue regulado en la Ley 100 de 1993 y que el Acuerdo 008 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud – CNSSS, el Decreto 1938 de 1994 y la Resolución 5261 de 1994 fijaron que las EPS no podían autorizar ningún servicio por fuera del plan, tal situación conllevó a la interposición masiva de tutelas por quienes no podían sufragar de forma individual dichos servicios excluidos, siendo proferida la sentencia SU-480 de 1997, por lo que se expidió el Acuerdo 083 de 1997 de la CNSS, que en su artículo 8° estableció la posibilidad de ordenar medicamentos NO POS por los Comités Técnico Científicos – CTC de la IPS, pero guardó silencio frente tecnologías diferentes a los medicamentos, barrera de acceso que encontró la Corte y por ello en la sentencia T-760 de 2008, ordenó a la CRES regular el trámite para que el médico interno pueda ordenar servicios NO POS distintos a medicamentos y mientras ello era regulado ordenó a las EPS someter a consideración de los CTC la aprobación de dichas intervenciones.

En la misma providencia, la H. Corte Constitucional señaló que los servicios NO POS podrían ser recobrados, en el marco de las medidas adoptadas en la Ley 1122 de 2007, para garantizar el flujo oportuno de recursos a las IPS y sentencia C-260 de 2008, afirmando que las EPS **tienen un derecho constitucional al recobro de los gastos no financiados con la UPS**, tal y como reconoció en su momento la sentencia SU-480 de 1997, aclarando que la afectación de recursos públicos procede siempre y cuando se acredite que el afiliado no tiene capacidad económica para asumir el aseguramiento individual, ya que los recursos públicos se destinan únicamente a los pacientes que no pueden acceder por sí mismos al servicio NO POS.

Para garantizar el flujo de recursos por recobros, la Corte Constitucional ordenó extender el procedimiento de la Resolución 2933 de 2006 (anteriormente por las Resoluciones 2948 y 2949 de 2003, 3797 de 2004) no solo a medicamentos sino a todas las intervenciones NO POS, requiriendo la adopción de medidas como: **i)** permitir a la EPS iniciar el recobro cuando la decisión de tutela o Comité Técnico Científico esté en firme, **ii)** no condicionar el recobro a que la tutela lo autorice porque basta demostrar que la EPS no está obligada a asumir la intervención conforme el POS, **iii)** considerar que el reembolso tendrá en cuenta la diferencia entre la denominación genérica y de marca cuando éste último medicamento sea ordenado cumpliendo los requisitos de calidad, seguridad, eficacia y comodidad del usuario.

Cumpliendo las órdenes dadas por la H. Corte Constitucional y buscando racionalizar el procedimiento de recobro de los servicios y tecnologías no financiados con la UPC, el Ministerio de Salud y Protección Social ha expedido las Resoluciones 2948 y 2949 de 2003, 3797 de 2004, 2933 de 2006, 3099 de 2008, 3754 de 2008, 5033 de 2008, 4377 de 2010, 1089 de 2011, 1383 de 2011, 2064 de 2011, 2256 de 2011, 28 de 2012, 2851 de 2012, 3408 de 2012, 3086 de 2012, 458 de 2013, 803 de 2013, 2482 de 2013, 2729 de 2013, 5073 de 2013, 5395 de 2013, 1479 de 2015, 1328 de 2016, 2158 de 2016, 3951 de 2016, 5884 de 2016, 532 de 2017, 1885 de 2018, 2438 de 2018, 3055

de 2018, 5871 de 2018, 848 de 2019, 1343 de 2019, 2966 de 2019, 3514 de 2019, 894 de 2020.

- **Acerca de los Requisitos del Recobro de Servicios y Tecnologías de Salud No Financiadas con la Unidad de pago por Capitación (UPC).**

El artículo 7 del Decreto Ley 1281 de 2002, consagra el trámite que deben surtir las cuentas de cobro presentadas por las IPS, indicando que su pago no se puede condicionar a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando sea requerido y a la demostración de la efectiva prestación del servicio. A su vez, el artículo 13 *ibídem*, en su redacción original, consagró que cualquier cobro con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA (hoy en día ADRES conforme el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015) sería adelantado ante su administrador fiduciario.

Posteriormente, el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, estableció la competencia de los CTC para conocer de solicitudes de medicamentos NO POS, norma que se declaró exequible en la sentencia C-463 de 2008, en el entendido que los afiliados de ambos regímenes de salud podrían solicitar a las EPS la prestación de cualquier servicio médico NO POS ordenado por médico tratante. La anterior norma fue derogada por el artículo 27 de la Ley 1438 de 2011, la cual señaló que la solicitud de provisión de servicios NO POS requeridos por prescripción del profesional tratante será sometida por la EPS al CTC. Vale la pena resaltar que la Resolución 1328 de 2016 eliminó los CTC.

Por su parte, la Resolución 3951 de 2016 ordenó implementar una herramienta tecnológica para que los profesionales de salud reporten la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con la UPC. Por lo anterior se implementó la herramienta MIPRES, la cual se está regulada en el Régimen Contributivo a través de las Resoluciones 1885 de 2018, 1343 de 2019 y 894 de 2020, mientras que para el Régimen Subsidiado se adoptaron las Resoluciones 2438 de 2018 y 5871 de 2018.

Así las cosas, los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC pueden ser ordenados de tres maneras: **i)** a través de la herramienta MIPRES; **ii)** a través de sentencia de tutela; **iii)** a través de acta del CTC (durante el tiempo que estuvo vigente su existencia). En todos los casos, el derecho de la EPS al recobro está condicionado a demostrar la prestación efectiva del servicio y su respectivo pago a la IPS.

Un estudio de las Resoluciones que regulan el trámite del recobro de este tipo de intervenciones (Resoluciones 2948 y 2949 de 2003, 3797 de 2004, 2933 de 2006, 3099 de 2008, 3754 de 2008, 5033 de 2008, 4377 de 2010, 1089 de 2011, 1383 de 2011, 2064 de 2011, 2256 de 2011, 28 de 2012, 2851 de 2012, 3408 de 2012, 3086 de 2012, 458 de 2013, 803 de 2013, 2482 de 2013, 2729 de 2013, 5073 de 2013, 5395 de 2013, 1479 de 2015, 1328 de 2016, 2158 de 2016, 3951 de 2016, 5884 de 2016, 532 de 2017, 1885 de 2018, 2438 de 2018, 3055 de 2018, 5871 de 2018, 848 de 2019, 1343 de 2019, 2966 de 2019, 3514 de 2019, 894 de 2020) permite establecer una serie de requisitos mínimos que debe cumplir la EPS recobrante en su solicitud, a saber:

- i)** Que la EPS hubiere efectuado el pago a la IPS del suministro efectivo de la tecnología, a través de la factura o documento equiparable.
- ii)** La conexidad entre el servicio brindado y la tecnología ordenada por el profesional médico, el fallo de tutela o el acta del CTC.
- iii)** Que el servicio sea NO POS y que no pueda ser sustituido con tecnologías incluidas en dicho Plan.
- iv)** Que haya radicado la solicitud en los formatos dispuestos, aportando los anexos exigidos y dentro del término consagrado para ello.

Por último, vale la pena señalar que la auditoria de los recobros estuvo a cargo de las firmas auditoras y su pago a cargo del administrador fiduciario del FOSYGA, no obstante, el FOSYGA fue reemplazado por la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL**

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, entidad responsable del adecuado flujo y control de los recursos públicos de la salud conforme el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 2265 de 2017, la cual inició su operación el 1° de agosto de 2017, en virtud del Decreto 1264 de 2017.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia condenó a la **ADRES** al pago de \$538.471.610 por recobros, indexados desde la fecha de radicación de la demanda, absolvió al **CONSORCIO SAYP 2011** de las pretensiones y condenó en costas a la **ADRES**.

La demandante **EPS SURAMERICANA S.A.** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó condenar a intereses moratorios. Señaló que se demostró que las glosas eran infundadas y que el FOSYGA hoy **ADRES** es un actor directo del flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, por ende, aplica el Decreto Ley 1281 de 2002 y proceden los intereses por el incumplimiento del deber de reconocimiento y giro oportuno de los recursos.

La demandada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** también presentó recurso de apelación y solicitó revocar las condenas. Indicó que no fueron consideradas las glosas que acreditan que la EPS no cumplió los requisitos normativos para el trámite de recobros, los cuales no proceden respecto de cirugías estéticas, además no se consideró que se ordenó un pago de \$74.000.000 en virtud del trámite excepcional de divergencias recurrentes y que se glosaron varios recobros porque eran servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, también se omitió que el término de prescripción es de 2 años y que el comportamiento omisivo de la EPS no puede acarrear consecuencias negativas a la **ADRES**.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADRES**; siendo necesario

precisar, en primer lugar, que la EPS demandante solicita el pago de 106 recobros, sin embargo, revisada la demanda y las pruebas allegadas con esta observa la Sala que de forma errada se solicitó dos (02) veces el pago del recobro identificado con Formulario MYT01 46311941 (fl. 19), por lo cual se concluye que en realidad se pretende el pago de 105 recobros.

Por otra parte, **EPS SURAMERICANA S.A.** solicitó el pago del recobro identificado bajo formulario MYT01 47004089 por \$6.850.000, sin embargo, no se aportó ninguna prueba documental del mismo, lo que impide verificar si se cumplen o no con los requisitos legales para causar el derecho a tal pago, motivo por el cual la Sala revocará la condena al reconocimiento de dicho recobro por incumplimiento de la carga de la prueba de la parte demandante, conforme el artículo 167 CGP, aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 145 CPTSS.

Así las cosas, únicamente procede revisar si procede o no el pago de los 104 recobros restantes, conforme el problema jurídico fijado.

A. SOBRE LAS GLOSAS IMPUESTAS A LOS RECOBROS.

La demandada **ADRES** alegó en su recurso de apelación que el *a quo* no consideró las glosas impuestas a los recobros reclamados, la cuales acreditan que la EPS no cumplió los requisitos normativos para causar dicho pago, ya que tales glosas permiten concluir que no procede el recobro de cirugías estéticas porque no son financiadas con recursos públicos de la salud, que otros servicios eran POS, que el recobro fue extemporáneo, que la EPS no demostró el reporte al SISMED, que la información en físico no se correspondía a la del medio magnético, que hay irregularidades en el diligenciamiento del MYT01 y errores en el cálculo recobrado.

Al respecto la Sala se permite indicar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS reconoce el derecho de las EPS a recobrar los servicios y tecnologías en salud no financiadas con la UPC, siempre

y cuando se trate de intervenciones no excluidas de financiamiento público y se cumplan los requisitos exigidos por las Resoluciones dictadas por el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** para racionalizar el procedimiento de dichos recobros vigentes al momento de la generación de la obligación de pago a cargo de la NACIÓN para el caso de los afiliados al Régimen Contributivo en Salud.

Por lo anterior, no procede el recobro de servicios y tecnologías en salud cubiertas por el **POS**, hoy **PBS**, por cuanto dichos servicios ya están financiados por la **UPC**.

En el presente asunto la **ADRES** solicita revocar la condena al pago de los recobros alegando que los mismos obedecen a cirugías estéticas, cuyo financiamiento con recursos públicos de la salud está prohibido. La sala de aparta de la tesis del apoderado de la demandada, por cuanto revisados los 104 recobros, se concluye que todas las intervenciones quirúrgicas y medicamentos relacionados con las mismas fueron ordenadas por el Comité Técnico Científico – CTC para el tratamiento y rehabilitación de enfermedades, mejorar la calidad de vida del paciente o corregir defectos anatómicos que generan afectaciones funcionales o riesgos de enfermedad, situación que descarta que se traten de procedimientos únicamente dirigidos a fines estéticos o suntuarios y por ende no se cumplen las condiciones para excluirlos de financiamiento con recursos públicos de la salud en los términos señalados en la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud y el artículo 6 del Acuerdo 28 de 2011 y el artículo 49 del Acuerdo 29 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud – CRES, vigentes para la fecha de prestación de los servicios recobrados.

De otra parte, asegura el apoderado de la **ADRES** que las cirugías plásticas recobradas son POS, pues los artículos 8 y 36 de la Resolución 6408 de 2016 cobijan aquellas que tienen fines reparadores o funcionales, motivo por el cual no procede su recobro. Tampoco se comparte tal argumento, por cuanto revisados los 104 recobros se tiene que los servicios y tecnologías en salud fueron

prestadas entre octubre de 2008 y julio de 2011, periodo para el cual no había sido proferida la Resolución 5521 del 27 de diciembre de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social que consagró, por primera vez, el reconocimiento de la cirugía plástica Cirugía plástica reconstructiva o funcional como servicio POS bajo la categoría de tratamiento reconstructivo.

Manifestó el apoderado de la **ADRES** que se impuso la glosa de extemporaneidad conforme el Decreto Legislativo 128 de 2010, argumento que no es de recibo ya que dicha norma fue declarada inexecutable en virtud de la sentencia C-288 de 21 de abril de 2010 y, en todo caso, tal glosa solo fue impuesta en el recobro identificado con el formulario MYT01 44354104 y su imposición únicamente frustra su reconocimiento en sede administrativa, más no impide su reconocimiento en sede judicial, ya que los efectos de la extemporaneidad se limitan al ámbito administrativo sin limitar el alcance de la acción judicial, tal y como indicó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-510 de 2004 y la H. Sección Primera del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia 11001-03-24-000-2011-00066-00 del 15 de mayo de 2014, posición que comparte esta Sala.

De otra parte, alegó el apoderado de **ADRES** que se impartió glosa por inconsistencia entre la información en físico del recobro y la información del medio magnético, sin embargo, no allegó prueba de tal dicho por cuanto se limitó a aportar el archivo Excel correspondiente al Anexo Técnico elaborado por el **CONSORCIO SAYP 2011** (fl. 168 a 169, cd fl. 170), el cual refiere tal glosa más no demuestra cual fue la presunta inconsistencia evidenciada, la cual tampoco verificó esta Sala al momento de revisar los archivos físicos de los recobros aportados por la EPS demandante.

Igual sucede con las glosas que alegó el apoderado de la **ADRES** se impuso por irregularidades en el diligenciamiento de los formatos MYT01, toda vez que dicha glosa es mencionada en el archivo Excel del Anexo Técnico más no se aporta ninguna prueba de dichas

irregularidades ni se evidencia su existencia en la validación que realizó el Despacho de los archivos físicos de los recobros, lo que conlleva a desechar el argumento del apelante.

En el mismo sentido se decide la presunta glosa por errores en el valor recobrado, toda vez que no se verificó error en el monto del recobro presentado por la EPS demandante, salvo para el recobro identificado con formulario MYT01 48118556 frente al cual se reduce el monto de la condena a la cifra de \$62.638 por concepto de medicamento, toda vez que es inconsistente el monto cobrado por la cirugía en razón a que es notoriamente bajo (\$105.591) y no se corresponde con el indicado en las facturas.

Finalmente, frente al alegato del apoderado de la **ADRES** relativo a las glosas impuestas por la omisión de la EPS de presentar la certificación de cumplimiento del reporte trimestral al Sistema de Información de Precios de Medicamentos – SISMED, observa la Sala que en efecto tal glosa fue impuesta a cuarenta y un (41) recobros, sin que la EPS demandante acredite prueba alguna que desvirtúe la negación indefinida que se le imputa mediante dicha glosa, siendo relevante considerar que el literal d) del artículo 16 de la Resolución 3099 de 2008, adicionado por el artículo 7 de la Resolución 4377 de 2010, consagró el requisito de toda entidad recobrante de acreditar el último reporte al SISMED, so pena de devolución del recobro, requisito que fue confirmado en el artículo 2 de la Resolución 428 de 2013, circunstancia que permite inferir que en efecto la EPS no cumplió los requisitos para acceder al pago de dichos recobros en sede administrativa.

A pesar de lo anterior, considera esta Sala que tal falencia no frustra el derecho de la EPS demandante al recobro, pues de conformidad con lo indicado por la H. Corte Constitucional en las sentencias SU-480 de 1997 y T-760 de 2008, le asiste derecho a las EPS a recobrar los gastos que asumen por la prestación de servicios NO POS, para lo cual basta demostrar que la EPS no está obligada a

asumir la intervención al estar excluida del POS, tal y como ocurre en el presente asunto.

Conforme lo considerado, no se declarará probadas las glosas alegadas por el apoderado de la **ADRES**, motivo por el cual se confirmará la condena impuesta respecto de los 104 recobros bajo estudio, cuyo valor asciende a QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS DIECINUEVE MIL CIENTO SETENTA PESOS M/CTE (\$539.819.170), cifra superior a la ordenada en la sentencia de primera instancia, sin que ello implique que esta Sala hay impuesto nuevas condenas, toda vez que la diferencia se explica por el error del *a quo* al sumar el valor de los recobros cuyo pago condenó en la sentencia de primera instancia, circunstancia que no puede pasar por alto esta Corporación.

Así las cosas, a continuación, se describe el estudio efectuado por la Sala sobre cada uno de los recobros analizados anteriormente:

| TIPO DE GLOSA | CÓDIGO ASIGNADO |
|---------------|--|
| 1-03 | Los valores objeto de recobro han sido pagados por el FOSYGA. |
| 2-20 | La entidad recobrante no acreditó el cumplimiento del último reporte al SISMED. |
| 4-01 | Existe error en los cálculos del recobro. |
| 4-03 | En el acta del CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios. |
| 5-03 | Del formato solicitud de recobro por concepto de servicios médicos y prestaciones de salud No Pos-CTC (Formato MYT01) cualquiera de los datos en el contenidos. |
| 5-07 | La información contenida en los físicos del recobro no se ajusta a la información consignada en el medio magnético, cualquiera de los datos en el contenidos. |
| 6-01 | Cuentas de cobro presentadas en forma extemporánea de conformidad con el artículo 20 del decreto legislativo 128 de 2010 y de acuerdo con las fechas establecidas en los artículos correspondientes de la presente resolución. |
| 6-03 | Los valores objeto del recobro han sido pagados por el FOSYGA o se encuentren en el plan de beneficios. |

ANÁLISIS GLOSAS:

| # | fl. | # FORMATO MYT01 INICIAL | # FORMATO MYT01 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | CÓDIGO GLOSAS | VALOR CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANCI A | DECISIÓ N 2ª INSTANCI A | CONCLUSIÓN TRIBUNAL |
|---|------|----------------------------------|--------------------------------|--|------------------|---------------------|---------------------------------|----------------------------------|---|
| 1 | 764 | 43404737 | 44507088 | N/A | 1-03 | \$ 4.265.794 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 2 | 1296 | 43965411 | 44896040 | N/A | 1-03 | \$ 4.101.962 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 3 | 1307 | 42191514 | 44896059 | N/A | 1-03 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 4 | 1422 | 45110652 | N/A | N/A | 1-03; 4-03 | \$ 376.953 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 5 | 1387 | 43412310 | 45408761 | 90001355 | 1-03 | \$ 2.263.800 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |

EPS SURAMERICANA S.A. contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y OTROS.
Radicación No. 15-2013-00648-02.

| # | fl. | # FORMATO MYTO1 INICIAL | # FORMATO MYTO1 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | CÓDIGO GLOSAS | VALOR CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANCI A | DECISIÓ N 2ª INSTANCI A | CONCLUSIÓN TRIBUNAL |
|----|------|----------------------------------|--------------------------------|--|------------------|---------------------|---------------------------------|----------------------------------|--|
| 6 | 518 | 44505259 | 45409066 | 90001357 | 1-03 | \$ 2.730.939 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 7 | 1375 | 44361284 | 45409074 | 90018331 | 6-03 | \$ 5.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 8 | 1084 | 43415218 | 45409076 | 90018332 | 1-03 | \$ 5.938.981 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 9 | 533 | 43417292 | 45409077 | 90018333 | 1-03 | \$ 6.155.787 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 10 | 256 | 43415219 | 45409079 | 90018334 | 1-03 | \$ 6.832.551 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 11 | 1064 | 44347940 | 45409080 | 90018335 | 6-03 | \$ 9.976.500 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 12 | 1074 | 44455573 | 45409081 | 90018336 | 1-03 | \$ 10.507.500 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 13 | 1028 | 44333569 | 45409082 | 90018337 | 6-03 | \$ 10.761.314 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 14 | 1047 | 44454405 | 45409083 | 90018338 | 6-03 | \$ 11.874.080 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 15 | 498 | 44555565 | 45409097 | 90018339 | 6-03 | \$ 11.509.466 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 16 | 475 | 43414516 | 45414909 | 90018340 | 1-03 | \$ 2.617.664 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 17 | 404 | 44454688 | 45414924 | 90018341 | 1-03 | \$ 4.304.855 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 18 | 567 | 43417345 | 45415091 | 90001360 | 1-03 | \$ 4.309.296 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 19 | 755 | 44347901 | 45415092 | 90001361 | 1-03 | \$ 4.101.962 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 20 | 553 | 43404371 | 45415093 | 90001362 | 1-03 | \$ 4.101.962 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 21 | 796 | 43415305 | 45415094 | 90001363 | 1-03 | \$ 4.101.962 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 22 | 741 | 41899226 | 45415095 | 90001364 | 1-03 | \$ 3.869.776 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 23 | 809 | 41886236 | 45415096 | 90001365 | 1-03 | \$ 3.869.775 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 24 | 454 | 41982851 | 45415097 | 90001366 | 1-03 | \$ 3.869.775 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 25 | 434 | 42013278 | 45415098 | 90001367 | 1-03 | \$ 3.869.775 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 26 | 420 | 41934651 | 45415099 | 90001368 | 1-03 | \$ 3.869.775 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 27 | 1010 | 44354104 | 45415138 | N/A | 6-01 | \$ 3.139.000 | SI | CONFIRMA | Término de extemporaneidad no afecta el reclamo judicial de los valores objeto del recobro |
| 28 | 722 | 44342462 | 45415171 | 90018346 | 6-03 | \$ 10.957.719 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 29 | 1019 | 44355897 | 45415205 | 90018347 | 1-03 | \$ 6.850.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 30 | 391 | 42058720 | 45415298 | 90018348 | 1-03 | \$ 600.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |

| # | n. | # FORMATO MYTO1 INICIAL | # FORMATO MYTO1 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | CÓDIGO GLOSAS | VALOR CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANCI A | DECISIO N 2ª INSTANCI A | CONCLUSIÓN TRIBUNAL |
|----|------|----------------------------------|--------------------------------|--|------------------|---------------------|---------------------------------|----------------------------------|--|
| 31 | 781 | 44505260 | 45415316 | 90001370 | 6-03 | \$ 2.603.724 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 32 | 582 | 43986504 | 45992305 | N/A | 6-03 | \$ 2.374.476 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 33 | 671 | 43965382 | 45992386 | 90018386 | 1-03 | \$ 10.614.537 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 34 | 698 | 43965330 | 45992387 | 90018387 | 1-03 | \$ 8.993.824 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 35 | 828 | 44796455 | 45999479 | 90018388 | 1-03 | \$ 4.767.124 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 36 | 622 | 44930285 | 45999485 | 90018394 | 1-03 | \$ 11.102.149 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 37 | 646 | 43965381 | 45999486 | 90018395 | 1-03 | \$ 10.926.709 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 38 | 597 | 44794000 | 45999491 | 90018399 | 1-03 | \$ 8.523.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 39 | 610 | 43910309 | 46008792 | 90001037 | 1-03 | \$ 2.069.060 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 40 | 1470 | 46267701 | N/A | 90018419 | 1-03; 2-20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 41 | 1401 | 46272811 | N/A | 90001414 | 1-03; 2-20 | \$ 197.449 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 42 | 845 | 45320884 | 46317584 | 90018415 | 1-03; 2-20 | \$ 6.850.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 43 | 92 | 45320923 | 46317587 | 90018416 | 1-03; 2-20 | \$ 6.850.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 44 | 1456 | 45320956 | 46317588 | 90018417 | 1-03; 2-20 | \$ 6.850.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no |

| # | fl. | # FORMATO MYTO1 INICIAL | # FORMATO MYTO1 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | CÓDIGO GLOSAS | VALOR CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANCI A | DECISIO N 2ª INSTANCI A | CONCLUSIÓN TRIBUNAL |
|----|------|----------------------------------|--------------------------------|--|------------------|---------------------|---------------------------------|----------------------------------|--|
| | | | | | | | | | estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 45 | 1442 | 45320935 | 46317590 | 90018418 | 1-03, 2-20 | \$ 6.850.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 46 | 1430 | 45320927 | 46317592 | 90001498 | 1-03, 2-20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 47 | 1193 | 45111647 | 46317597 | 90001499 | 1-03, 2-20 | \$ 3.900.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 48 | 1180 | 45320921 | 46317598 | 90001500 | 1-03, 2-20 | \$ 3.467.351 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 49 | 229 | 45252397 | 46317716 | 90018405 | 1-03, 2-20 | \$ 5.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 50 | 281 | 45105818 | 46317717 | 90018406 | 1-03, 2-20 | \$ 4.060.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal |

| # | fl. | # FORMATO MYTO1 INICIAL | # FORMATO MYTO1 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | CÓDIGO GLOSAS | VALOR CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANCI A | DECISIO N 2ª INSTANCI A | CONCLUSIÓN TRIBUNAL |
|----|------|----------------------------------|--------------------------------|--|------------------|---------------------|---------------------------------|----------------------------------|--|
| | | | | | | | | | d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 51 | 989 | 45320893 | 46317718 | 90018407 | 1-03; 2-20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 52 | 970 | 45320953 | 46317719 | 90018408 | 1-03; 2-20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 53 | 957 | 45320948 | 46317720 | 90018409 | 1-03; 2-20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 54 | 943 | 45320941 | 46317721 | 90018410 | 1-03; 2-20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 55 | 1150 | 45320917 | 46317722 | 90018411 | 1-03; 2-20 | \$ 5.550.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 56 | 1108 | 45320936 | 46317724 | 90018412 | 1-03; 2-20 | \$ 9.550.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |

| # | N. | # FORMATO MYTO1 INICIAL | # FORMATO MYTO1 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | CÓDIGO GLOSAS | VALOR CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANCI A | DECISIO N 2ª INSTANCI A | CONCLUSIÓN TRIBUNAL |
|----|------|----------------------------------|--------------------------------|--|------------------|---------------------|---------------------------------|----------------------------------|--|
| 57 | 1164 | 45138037 | 46317725 | N/A | 1-03; 2- 20 | \$ 2.429.593 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 58 | 103 | 45320957 | 46317726 | 90018413 | 6-03; 2- 20 | \$ 8.650.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 59 | 1330 | 45101783 | 46317729 | 90001482 | 6-03; 2- 20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 60 | 243 | 45320904 | 46317730 | 90001483 | 1-03; 2- 20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 61 | 998 | 45320908 | 46317731 | 90001484 | 1-03; 2- 20 | \$ 4.350.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 62 | 126 | 45320944 | 46317733 | 90001485 | 6-03; 2- 20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 63 | 1123 | 45105305 | 46317941 | 90018414 | 1-03; 2- 20 | \$ 11.012.734 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al |

| # | fl. | # FORMATO MYTO1 INICIAL | # FORMATO MYTO1 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | CÓDIGO GLOSAS | VALOR CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANCI A | DECISIÓ N 2ª INSTANCI A | CONCLUSIÓN TRIBUNAL |
|----|------|----------------------------------|--------------------------------|--|------------------|---------------------|---------------------------------|----------------------------------|--|
| | | | | | | | | | SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 64 | 929 | 44044582 | 46318831 | 90001515 | 1-03; 2-20 | \$ 4.101.962 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 65 | 292 | 44122015 | 46318889 | 90018421 | 6-03; 2-20 | \$ 3.460.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 66 | 1351 | 44213375 | 46318890 | 90018422 | 4-03; 2-20 | \$ 8.816.281 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 67 | 1479 | 44122014 | 46318891 | 90018423 | 4-03; 2-20 | \$ 11.940.044 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 68 | 904 | 44248810 | 46318892 | 90018424 | 1-03; 2-20 | \$ 4.169.109 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 69 | 887 | 44141117 | 46318893 | 90018425 | 1-03; 2-20 | \$ 4.487.550 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que |

| # | fl. | # FORMATO MYT01 INICIAL | # FORMATO MYT01 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | CÓDIGO GLOSAS | VALOR CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANCI A | DECISIÓ N 2ª INSTANCI A | CONCLUSIÓN TRIBUNAL |
|----|------|----------------------------------|--------------------------------|--|------------------|---------------------|---------------------------------|----------------------------------|--|
| | | | | | | | | | asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 70 | 867 | 44251621 | 46318894 | 90018426 | 6-03, 2-20 | \$ 4.612.645 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 71 | 214 | 45103979 | 46318895 | 90018427 | 1-03, 2-20 | \$ 6.850.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 72 | 180 | 46353068 | N/A | 90018432 | 1-03; 2-20 | \$ 2.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 73 | 197 | 46353131 | N/A | 90018431 | 1-03; 2-20 | \$ 2.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 74 | 117 | 46353261 | N/A | 90018429 | 1-03; 2-20 | \$ 2.040.131 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 75 | 1365 | 46353262 | N/A | 90018430 | 1-03; 2-20 | \$ 2.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 76 | 205 | 46354647 | N/A | 90018433 | 1-03; 2-20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita |

| # | fl. | # FORMATO MYT01 INICIAL | # FORMATO MYT01 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | CÓDIGO GLOSAS | VALOR CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANCI A | DECISIO N 2ª INSTANCI A | CONCLUSIÓN TRIBUNAL |
|----|------|----------------------------------|--------------------------------|--|------------------|---------------------|---------------------------------|----------------------------------|---|
| | | | | | | | | | que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 77 | 1344 | 46355870 | N/A | 90001531 | 1-03; 2- 20 | \$ 7.100.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 78 | 1210 | 46356549 | N/A | 90018428 | 1-03; 2- 20 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 79 | 79 | 46391641 | N/A | 90018435 | 1-03; 2- 20 | \$ 2.222.376 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 80 | 860 | 46392108 | N/A | 90018434 | 1-03; 2- 20 | \$ 5.103.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos. No se acredita que la EPS certifique el reporte trimestral al SISMED de forma trimestral conforme literal d) numeral 1 artículo 16 Resolución 3099 de 2008, no obstante, acredita que asumió una prestación no financiada con la UPC. |
| 81 | 343 | 46267726 | 47140716 | 90018464 | 1-03 | \$ 12.219.265 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 82 | 339 | 46389384 | 47169961 | 90004530 | 1-03 | \$ 2.942.358 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 83 | 349 | 46389545 | 47170080 | N/A | 1-03 | \$ 11.605.276 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 84 | 386 | 47227342 | N/A | 90018457 | 1-03 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 85 | 378 | 47228737 | N/A | 90018459 | 1-03 | \$ 6.248.995 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 86 | 305 | 47228755 | N/A | 90018460 | 1-03 | \$ 2.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |

EPS SURAMERICANA S.A. contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y OTROS.
Radicación No. 15-2013-00648-02.

| # | fl. | # FORMATO MYT01 INICIAL | # FORMATO MYT01 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | CÓDIGO GLOSAS | VALOR CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANCI A | DECISIÓN N 2ª INSTANCI A | CONCLUSIÓN TRIBUNAL |
|-----|------|----------------------------------|--------------------------------|--|------------------------|-----------------------|---------------------------------|-----------------------------------|--|
| 87 | 357 | 47228943 | N/A | 90018462 | 1-03 | \$ 10.743.256 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 88 | 369 | 47354322 | N/A | N/A | 1-03 | \$ 940.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 89 | 1281 | 47588749 | N/A | 90018468 | 1-03 | \$ 6.248.995 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 90 | 1274 | 47631634 | N/A | 90018469 | 1-03 | \$ 4.700.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 91 | 1241 | 48027781 | N/A | N/A | 1-03; 5-03; 5-07 | \$ 8.742.285 | SI | CONFIRMA | Sin falencias en los datos del formato de recobro, NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 92 | 1320 | 48027960 | N/A | N/A | 1-03; 5-03; 5-07 | \$ 7.794.000 | SI | CONFIRMA | Sin falencias en los datos del formato de recobro, NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 93 | 1220 | 48027961 | N/A | 10237537 5 | 1-03; 4-01; 5-03; 5-07 | \$ 7.017.296 | SI | CONFIRMA | Valor del recobro corresponde al facturado, no se verifican falencias en los datos del formato de recobro, NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 94 | 1233 | 48030817 | N/A | N/A | 1-03; 5-03; 5-07 | \$ 4.700.000 | SI | CONFIRMA | Sin falencias en los datos del formato de recobro, NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 95 | 1410 | 48034123 | N/A | N/A | 1-03; 5-03; 5-07 | \$ 7.845.000 | SI | CONFIRMA | Sin falencias en los datos del formato de recobro, NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 96 | 1266 | 48039012 | N/A | 90018478 | 1-03 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 97 | 188 | 48039013 | N/A | N/A | 1-03 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 98 | 151 | 48039014 | N/A | 90018479 | 1-03 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 99 | 1202 | 48039015 | N/A | 90018480 | 1-03 | \$ 3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 100 | 1257 | 48091927 | N/A | 90018477 | 1-03 | \$ 2.000.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 101 | 1493 | 47004086 | 48092840 | N/A | 1-03; 5-03 | \$ 7.350.000 | SI | CONFIRMA | Sin falencias en los datos del formato de recobro, NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 102 | 159 | 48118556 | N/A | N/A | 4-03; 5-03 | \$ 62.638 | SI | CONFIRMA | Existe inconsistencia en MYT01 porque CTC ordenó procedimiento QX y medicamento NO POS, pero valor recobrado no corresponde. Se condena a \$62.638 por medicamento |
| 103 | 139 | 48214052 | N/A | 90018482 | 1-03 | \$ 5.786.055 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| 104 | 1289 | 48279422 | N/A | 90018485 | 1-03 | \$ 4.700.000 | SI | CONFIRMA | NO POS conforme CTC con fines de tratamiento no estéticos |
| | | | | | | \$ 539.819.170 | | | |

B. SOBRE EL PAGO ORDENADO POR DIVERGENCIA RECURRENTES.

El apoderado de la **ADRES** manifestó que la EPS demandante se acogió al procedimiento excepcional de divergencias recurrentes, consagrado en el artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012, lo que conllevó a que los recobros solicitados fueran reconocidos en dicha instancia, siendo aprobado un pago por \$74.467.092, el cual no fue considerado por el *a quo*.

Al respecto, resulta relevante considerar que revisado el Anexo Técnico presentado por el **CONSORCIO SAYP 2011** (fl. 168 a 169, cd fl. 170) se logra acreditar que ochenta y nueve (89) de los recobros reclamados en la demanda fueron presentados por la **EPS SURAMERICANA S.A.** al trámite excepcional de divergencias recurrentes, siendo aprobado el pago de diecisiete (17) recobros, por un valor total de \$74.467.092.

No obstante, no se encuentra acreditado el pago efectivo de la anterior suma, por cuanto el artículo 3 del Decreto 1865 de 2012, que reguló el trámite de divergencias recurrentes, determinó como requisito para iniciar el mismo que el representante legal de la entidad recobrante autorice el giro directo del valor total que llegue a ser aprobado a favor de las Instituciones Prestadoras de Salud – IPS habilitadas, circunstancia que no logra acreditar la **ADRES** conforme los archivos en formato *pdf* junto con la certificación de los recobros autorizados en el trámite excepcional (fl. 409, cd fl. 410).

En todo caso, la Sala hace la salvedad que la anterior conclusión es sin perjuicio de que en eventuales procesos administrativos o judiciales la **ADRES** logre acreditar el pago efectivo de las sumas aprobadas en el trámite excepcional de divergencias recurrentes sobre los recobros objeto de estudio.

C. SOBRE LA PROCEDENCIA A LA CONDENA DE INTERESES MORATORIOS.

La apoderada de la demandante **EPS SURAMERICANA S.A.** solicitó revocar la absolución a los intereses moratorios.

Al respecto, resulta relevante considerar que los servicios y tecnologías en salud fueron recobrados por primera vez por la EPS entre el 31 de enero de 2010 y el 09 de agosto de 2011, periodo para el cual el trámite de recobro estaba regulado por la Resolución 3099 de 2008, norma que conforme la redacción original de su artículo 13 estableció que el estudio de la solicitud de recobro y su resultado deben ser informados a más tardar dentro de los dos (02) meses siguientes a su radicación, plazo en el cual se efectuará el pago.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002, consagró que el incumplimiento de los plazos para el pago o giro de los recursos del sector salud previstos en ese Decreto, entre los cuales fueron incluidos los recursos administrados por el extinto FOSYGA (artículo 13 *ibídem*), genera intereses liquidados a la tasa de intereses moratorio de los tributos administrados por la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, a partir de las dos normas antes citadas, concluyó en la sentencia SL1227 de 2021 que sí procede la condena a los intereses moratorios por partes del FOSYGA hoy **ADRES**, respecto de los recobros por servicios y tecnologías NO POS, criterio que comparte esta Sala, liquidados a partir del día siguiente del vencimiento del término de dos meses contado desde la radicación del Formulario MYT01 y sobre el capital adeudado, cuya tasa corresponde a la señalada en el artículo 635 ET.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 7 del Decreto Ley 1281 de 2002, consagró que hay lugar al pago de intereses moratorios cuando las glosas formuladas resultan infundadas, no obstante, la misma norma indica que no habrá lugar al reconocimiento de éstos cuando

si en los seis (6) meses siguientes a la fecha de prestación del servicio no se ha radicado la cuenta de cobro ante el FOSYGA hoy **ADRES**.

De otra parte, la Resolución 2977 del 25 de septiembre de 2012, la cual reguló los formatos establecidos por el Decreto 1865 de 2012 para el trámite de divergencias recurrentes del artículo 122 del Decreto Ley 019 de 2012, consagró de forma expresa en el “*Formato No. 2 Certificación de condiciones para el trámite de divergencias recurrentes*” la renuncia al cobro de intereses moratorios por parte del representante legal de la EPS cuando se acoge a dicho procedimiento excepcional.

Aplicando dichas normas, en el presente asunto se acredita que si bien la Sala confirmará la condena al pago de 104 recobros, absolverá del pago de intereses moratorios frente a 65 de dichos recobros, ya sea porque se trata de los 41 recobros en los cuales la EPS no logró desvirtuar la falta de reporte al SISMED, o porque trascurrieron más de seis (6) meses desde la fecha del procedimiento quirúrgico objeto de recobro y la radicación del primer Formulario MYT01 o porque se autorizaron pagos en virtud del trámite excepcional de divergencias recurrentes.

Frente a los 65 recobros respecto de los cuales no procede el reconocimiento de intereses moratorios, la Sala ordenará la indexación, tomando como IPC inicial la fecha de radicación del MYT01 inicial y IPC final el del mes en que se efectúe su pago.

En cuanto los 39 recobros restantes, si se ordenará el reconocimiento de intereses moratorios a partir del primer día del tercer mes siguiente a la fecha de radicación del primer formato MYT01.

D. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN.

El apoderado de la **ADRES** alegó en su recurso de apelación que el término de prescripción aplicable a los recobros bajo estudio es de 2 años y no de 3 años como declaró el *a quo*.

La sala rechaza el precitado argumento del apelante, por cuanto resulta relevante considerar que en un principio se consideró que las controversias relativas a los recobros por servicios NO POS eran conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa conforme las reglas propias del medio de control de reparación directa, acción que caducada al término de 2 años conforme el numeral 8 del artículo 136 CCA, motivo por el cual el artículo 111 del Decreto Ley 019 de 2012 modificó el artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 condicionando el recobro excepcional por extemporaneidad a que no hubiera operado el fenómeno de la caducidad.

No obstante, la otrora H. Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en cumplimiento de su obligación de resolver los conflictos negativos de competencia entre distintas jurisdicciones, consolidó la regla jurisprudencial de que era la jurisdicción ordinaria laboral la competente para conocer de dichos conflictos en virtud del numeral 4 del artículo 2 CPTSS.

Así las cosas, como quiera que la controversia sobre los recobros por presuntos servicios NO POS es resuelta por los jueces laborales, la normatividad procesal aplicable es la propia de nuestra especialidad, siendo aplicable el artículo 151 CPTSS, norma que consagró un término trienal de prescripción que puede ser interrumpido una sola vez mediante el reclamo escrito del derecho, hecho tan notorio que el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 ratificó el termino trienal de prescripción de los recobros que deben ser atendidos con cargo a los recursos del FOSYGA hoy **ADRES**.

Como quiera que no es procedente considerar que el termino prescriptivo es de 2 años, se mantendrá la decisión del *a quo* de declarar no probada tal excepción, por cuanto la Sala comparte los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia por los cuales no fue declarada, esto es, que antes de cumplirse el termino trienal de prescripción contado desde la prestación de los servicios de salud se radicó el formulario MYT01 de cobro, hecho que interrumpió la prescripción, siendo radicada la demanda el 09 de mayo de 2013 (fl.

66), motivo por el cual no se cumplen los presupuestos para declarar probada la misma.

E. DECISIÓN.

Resueltos los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **ADRES** y conforme con los argumentos expuestos, la Sala confirmará la condena al pago de 104 recobros, revocará la condena al pago del recobro identificado bajo formulario MYT01 47004089 por \$6.850.000, modificará el valor del recobro identificado con formulario MYT01 48118556 aclarando que corresponde a \$62.638, no declarará el pago alegado por divergencia recurrente sin perjuicio que logre ser acreditado en otros procesos, negará la suplica de declarar la prescripción y ordenará el pago de intereses moratorios únicamente para 64 de los 104 recobros y se ordenará la indexación en aquellos para los cuales no se ordena el pago de dichos intereses.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** a pagar a favor de la demandante **EPS SURAMERICANA S.A.** un total de 104 recobros cuyo valor asciende a **QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS DIECINUEVE MIL CIENTO SETENTA PESOS M/CTE (\$539.819.170)**, por concepto de servicios y tecnologías en salud no financiadas con la UPC, así como al reconocimiento de los intereses moratorios frente a 39 recobros objeto de condena, liquidados a partir del primer día del tercer mes siguiente a la fecha de

radicación del formulario MYT01 inicial, sobre el capital del recobro, conforme la tasa señalada en el artículo 635 ET, advirtiendo que los 65 recobros frente los cuales no se ordena el pago de intereses moratorios deberán ser indexados, tomando como IPC inicial la fecha de radicación del Formulario MYT01 inicial y IPC final el del mes en que se efectúe su pago, conforme con la siguientes relación:

| # | FECHA SERVICIO | # FORMATO MYT01 INICIAL | RADICA CIÓN MYT01 INICIAL | # FORMATO MYT01 FINAL | RADICA CIÓN MYT01 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | Valor CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANC IA | DECISIÓN 2ª INSTANCIA | INTERE SES MORAT ORIOS | FECHA INICIO INTERE SES |
|----|-------------------|----------------------------------|------------------------------------|--------------------------------|----------------------------------|--|---------------------|---------------------------------|-----------------------------|---------------------------------|----------------------------------|
| 1 | 13/11/2009 | 43404737 | 31/01/2010 | 44507088 | 15/06/2010 | N/A | \$4.265.794 | SI | CONFIRMA | SI | 31/03/2010 |
| 2 | 15/12/2009 | 43965411 | 9/08/2010 | 44896040 | 09/08/2010 | N/A | \$4.101.962 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 3 | 16/12/2008 | 42191514 | 9/08/2010 | 44896059 | 09/08/2010 | N/A | \$3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 4 | 28/06/2010 | 45110652 | 1/09/2010 | N/A | N/A | N/A | \$376.953 | SI | CONFIRMA | SI | 01/11/2010 |
| 5 | 26/11/2009 | 43412310 | 31/01/2010 | 45408761 | 06/10/2010 | 90001355 | \$2.263.800 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 6 | 6/04/2010 | 44505259 | 30/06/2010 | 45409066 | 06/10/2010 | 90001357 | \$2.730.939 | SI | CONFIRMA | SI | 30/08/2010 |
| 7 | 26/04/2010 | 44361284 | 6/10/2010 | 45409074 | 06/10/2010 | 90018331 | \$5.000.000 | SI | CONFIRMA | SI | 06/12/2010 |
| 8 | 6/11/2009 | 43415218 | 6/10/2010 | 45409076 | 06/10/2010 | 90018332 | \$5.938.981 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 9 | 18/11/2009 | 43417292 | 31/01/2010 | 45409077 | 06/10/2010 | 90018333 | \$6.155.787 | SI | CONFIRMA | SI | 31/03/2010 |
| 10 | 6/11/2009 | 43415219 | 31/01/2010 | 45409079 | 06/10/2010 | 90018334 | \$6.832.551 | SI | CONFIRMA | SI | 31/03/2010 |
| 11 | 7/04/2010 | 44347940 | 30/06/2010 | 45409080 | 06/10/2010 | 90018335 | \$9.976.500 | SI | CONFIRMA | SI | 30/08/2010 |
| 12 | 10/05/2010 | 44455573 | 6/10/2010 | 45409081 | 06/10/2010 | 90018336 | \$10.507.500 | SI | CONFIRMA | SI | 06/12/2010 |
| 13 | 5/04/2010 | 44333569 | 30/06/2010 | 45409082 | 06/10/2010 | 90018337 | \$10.761.314 | SI | CONFIRMA | SI | 30/08/2010 |
| 14 | 16/04/2010 | 44454405 | 6/10/2010 | 45409083 | 06/10/2010 | 90018338 | \$11.874.080 | SI | CONFIRMA | SI | 06/12/2010 |
| 15 | 23/02/2010 | 44555565 | 30/06/2010 | 45409097 | 06/10/2010 | 90018339 | \$11.509.466 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 16 | 1/12/2009 | 43414516 | 31/01/2010 | 45414909 | 07/10/2010 | 90018340 | \$2.617.664 | SI | CONFIRMA | SI | 31/03/2010 |
| 17 | 10/05/2010 | 44454688 | 30/06/2010 | 45414924 | 07/10/2010 | 90018341 | \$4.304.855 | SI | CONFIRMA | SI | 30/08/2010 |
| 18 | 3/11/2009 | 43417345 | 31/01/2010 | 45415091 | 07/10/2010 | 90001360 | \$4.309.296 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 19 | 26/04/2010 | 44347901 | 30/06/2010 | 45415092 | 07/10/2010 | 90001361 | \$4.101.962 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 20 | 10/12/2009 | 43404371 | 31/01/2010 | 45415093 | 07/10/2010 | 90001362 | \$4.101.962 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 21 | 21/10/2009 | 43415305 | 31/01/2010 | 45415094 | 07/10/2010 | 90001363 | \$4.101.962 | SI | CONFIRMA | SI | 31/03/2010 |
| 22 | 4/02/2009 | 41899226 | 7/10/2010 | 45415095 | 07/10/2010 | 90001364 | \$3.869.776 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 23 | 24/10/2008 | 41886236 | 7/10/2010 | 45415096 | 07/10/2010 | 90001365 | \$3.869.775 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 24 | 2/03/2009 | 41982851 | 7/10/2010 | 45415097 | 07/10/2010 | 90001366 | \$3.869.775 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 25 | 23/01/2009 | 42013278 | 7/10/2010 | 45415098 | 07/10/2010 | 90001367 | \$3.869.775 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 26 | 18/02/2009 | 41934651 | 7/10/2010 | 45415099 | 07/10/2010 | 90001368 | \$3.869.775 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 27 | 19/04/2010 | 44354104 | 30/06/2010 | 45415138 | 07/10/2010 | N/A | \$3.139.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 28 | 20/03/2010 | 44342462 | 30/06/2010 | 45415171 | 07/10/2010 | 90018346 | \$10.957.719 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 29 | 9/12/2009 | 44355897 | 7/10/2010 | 45415205 | 07/10/2010 | 90018347 | \$6.850.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 30 | 13/02/2009 | 42058720 | 7/10/2010 | 45415298 | 07/10/2010 | 90018348 | \$600.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |

| # | FECHA SERVICIO | # FORMATO MYT01 INICIAL | RADICA CIÓN MYT01 INICIAL | # FORMATO MYT01 FINAL | RADIC ACIÓN MYT01 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | Valor CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANC IA | DECISIÓN 2ª INSTANCIA | INTERE SES MORAT ORIOS | FECHA INICIO INTERE SES |
|----|-------------------|----------------------------------|------------------------------------|--------------------------------|----------------------------------|--|---------------------|---------------------------------|-----------------------------|---------------------------------|----------------------------------|
| 31 | 22/02 /2010 | 44505260 | 7/10/ 2010 | 45415316 | 07/10 /2010 | 90001370 | \$2.603.724 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 32 | 25/02 /2010 | 43986504 | 30/04 /2010 | 45992305 | 19/04 /2011 | N/A | \$2.374.476 | SI | CONFIRM A | SI | 30/06 /2010 |
| 33 | 1/02/ 2010 | 43965382 | 30/04 /2010 | 45992386 | 19/04 /2011 | 90018386 | \$10.614.537 | SI | CONFIRM A | SI | 30/06 /2010 |
| 34 | 15/01 /2010 | 43965330 | 30/04 /2010 | 45992387 | 19/04 /2011 | 90018387 | \$8.993.824 | SI | CONFIRM A | SI | 30/06 /2010 |
| 35 | 11/06 /2010 | 44796455 | 3/12/ 2010 | 45999479 | 19/04 /2011 | 90018388 | \$4.767.124 | SI | CONFIRM A | SI | 03/02 /2011 |
| 36 | 25/01 /2010 | 44930285 | 31/08 /2010 | 45999485 | 19/04 /2011 | 90018394 | \$11.102.149 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 37 | 25/01 /2010 | 43965381 | 30/04 /2010 | 45999486 | 19/04 /2011 | 90018395 | \$10.926.709 | SI | CONFIRM A | SI | 30/06 /2010 |
| 38 | 14/01 /2010 | 44794000 | 31/08 /2010 | 45999491 | 19/04 /2011 | 90018399 | \$8.523.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 39 | 11/02 /2010 | 43910309 | 30/04 /2010 | 46008792 | 19/04 /2011 | 90001037 | \$2.069.060 | SI | CONFIRM A | SI | 30/06 /2010 |
| 40 | 9/12/ 2010 | 46267701 | 11/01 /2011 | N/A | N/A | 90018419 | \$3.000.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 41 | 24/08 /2010 | 46272811 | 11/01 /2011 | N/A | N/A | 90001414 | \$197.449 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 42 | 31/05 /2010 | 45320884 | 12/01 /2011 | 46317584 | 19/04 /2011 | 90018415 | \$6.850.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 43 | 9/08/ 2010 | 45320923 | 12/01 /2011 | 46317587 | 19/04 /2011 | 90018416 | \$6.850.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 44 | 28/05 /2010 | 45320956 | 30/09 /2010 | 46317588 | 19/04 /2011 | 90018417 | \$6.850.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 45 | 12/05 /2010 | 45320935 | 30/09 /2010 | 46317590 | 19/04 /2011 | 90018418 | \$6.850.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 46 | 31/05 /2010 | 45320927 | 12/01 /2011 | 46317592 | 30/09 /2010 | 90001498 | \$3.000.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 47 | 26/07 /2010 | 45111647 | 12/01 /2011 | 46317597 | 19/04 /2011 | 90001499 | \$3.900.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 48 | 28/06 /2010 | 45320921 | 12/01 /2011 | 46317598 | 19/04 /2011 | 90001500 | \$3.467.351 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 49 | 23/07 /2010 | 45252397 | 12/01 /2011 | 46317716 | 19/04 /2011 | 90018405 | \$5.000.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 50 | 29/07 /2010 | 45105818 | 12/01 /2011 | 46317717 | 19/04 /2011 | 90018406 | \$4.060.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 51 | 28/07 /2010 | 45320893 | 12/01 /2011 | 46317718 | 19/04 /2011 | 90018407 | \$3.000.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 52 | 13/05 /2010 | 45320953 | 12/01 /2011 | 46317719 | 19/04 /2011 | 90018408 | \$3.000.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 53 | 21/05 /2010 | 45320948 | 12/01 /2011 | 46317720 | 19/04 /2011 | 90018409 | \$3.000.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 54 | 20/05 /2010 | 45320941 | 12/01 /2011 | 46317721 | 19/04 /2011 | 90018410 | \$3.000.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 55 | 2/08/ 2010 | 45320917 | 12/01 /2011 | 46317722 | 19/04 /2011 | 90018411 | \$5.550.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 56 | 10/05 /2010 | 45320936 | 12/01 /2011 | 46317724 | 19/04 /2011 | 90018412 | \$9.550.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 57 | 10/08 /2010 | 45138037 | 12/01 /2011 | 46317725 | 19/04 /2011 | N/A | \$2.429.593 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 58 | 21/04 /2010 | 45320957 | 12/01 /2011 | 46317726 | 19/04 /2011 | 90018413 | \$8.650.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 59 | 22/02 /2010 | 45101783 | 30/09 /2010 | 46317729 | 19/04 /2011 | 90001482 | \$3.000.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 60 | 25/05 /2010 | 45320904 | 12/01 /2011 | 46317730 | 19/04 /2011 | 90001483 | \$3.000.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 61 | 21/07 /2010 | 45320908 | 12/01 /2011 | 46317731 | 19/04 /2011 | 90001484 | \$4.350.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 62 | 6/05/ 2010 | 45320944 | 12/01 /2011 | 46317733 | 19/04 /2011 | 90001485 | \$3.000.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 63 | 26/05 /2010 | 45105305 | 12/01 /2011 | 46317941 | 19/04 /2011 | 90018414 | \$11.012.734 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 64 | 9/03/ 2010 | 44044582 | 31/05 /2010 | 46318831 | 19/04 /2011 | 90001515 | \$4.101.962 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 65 | 8/04/ 2010 | 44122015 | 31/05 /2010 | 46318889 | 19/04 /2011 | 90018421 | \$3.460.000 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 66 | 21/04 /2010 | 44213375 | 31/05 /2010 | 46318890 | 19/04 /2011 | 90018422 | \$8.816.281 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 67 | 8/04/ 2010 | 44122014 | 31/05 /2010 | 46318891 | 19/04 /2011 | 90018423 | \$11.940.044 | SI | CONFIRM A | NO | NO |
| 68 | 16/03 /2010 | 44248810 | 31/05 /2010 | 46318892 | 19/04 /2011 | 90018424 | \$4.169.109 | SI | CONFIRM A | NO | NO |

EPS SURAMERICANA S.A. contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES y OTROS.
Radicación No. 15-2013-00648-02.

| # | FECHA SERVICIO | # FORMATO MYT01 INICIAL | RADICA CIÓN MYT01 INICIAL | # FORMATO MYT01 FINAL | RADIC ACIÓN MYT01 FINAL | # FORMATO TRAMITE EXCEPCIO NAL | Valor CONFIRMADO | CONDEN A 1ª INSTANC IA | DECISIÓN 2ª INSTANCIA | INTERE SES MORAT ORIOS | FECHA INICIO INTERE SES |
|-----|-------------------|----------------------------------|------------------------------------|--------------------------------|----------------------------------|--|----------------------|---------------------------------|-----------------------------|---------------------------------|----------------------------------|
| 69 | 25/03/2010 | 44141117 | 31/05/2010 | 46318893 | 19/04/2011 | 90018425 | \$4.487.550 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 70 | 17/03/2010 | 44251621 | 31/05/2010 | 46318894 | 19/04/2011 | 90018426 | \$4.612.645 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 71 | 9/03/2010 | 45103979 | 12/01/2011 | 46318895 | 19/04/2011 | 90018427 | \$6.850.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 72 | 9/12/2010 | 46353068 | 13/01/2011 | N/A | N/A | 90018432 | \$2.000.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 73 | 16/12/2010 | 46353131 | 13/01/2011 | N/A | N/A | 90018431 | \$2.000.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 74 | 9/12/2010 | 46353261 | 13/01/2011 | N/A | N/A | 90018429 | \$2.040.131 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 75 | 1/12/2010 | 46353262 | 13/01/2011 | N/A | N/A | 90018430 | \$2.000.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 76 | 16/12/2010 | 46354647 | 13/01/2011 | N/A | N/A | 90018433 | \$3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 77 | 29/10/2010 | 46355870 | 13/01/2011 | N/A | N/A | 90001531 | \$7.100.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 78 | 1/12/2010 | 46356549 | 13/01/2011 | N/A | N/A | 90018428 | \$3.000.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 79 | 16/12/2010 | 46391641 | 14/01/2011 | N/A | N/A | 90018435 | \$2.222.376 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 80 | 29/11/2010 | 46392108 | 14/01/2011 | N/A | N/A | 90018434 | \$5.103.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 81 | 29/11/2010 | 46267726 | 1/04/2011 | 47140716 | 19/04/2011 | 90018464 | \$12.219.265 | SI | CONFIRMA | SI | 01/06/2011 |
| 82 | 5/11/2010 | 46389384 | 1/04/2011 | 47169961 | 19/04/2011 | 90004530 | \$2.942.358 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 83 | 16/12/2010 | 46389545 | 1/04/2011 | 47170080 | 19/04/2011 | N/A | \$11.605.276 | SI | CONFIRMA | SI | 01/06/2011 |
| 84 | 29/12/2010 | 47227342 | 7/04/2011 | N/A | N/A | 90018457 | \$3.000.000 | SI | CONFIRMA | SI | 07/06/2011 |
| 85 | 15/02/2011 | 47228737 | 7/04/2011 | N/A | N/A | 90018459 | \$6.248.995 | SI | CONFIRMA | SI | 07/06/2011 |
| 86 | 24/02/2011 | 47228755 | 7/04/2011 | N/A | N/A | 90018460 | \$2.000.000 | SI | CONFIRMA | SI | 07/06/2011 |
| 87 | 16/02/2011 | 47228943 | 7/04/2011 | N/A | N/A | 90018462 | \$10.743.256 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 88 | 10/08/2010 | 47354322 | 13/04/2011 | N/A | N/A | N/A | \$940.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 89 | 9/02/2011 | 47588749 | 9/05/2011 | N/A | N/A | 90018468 | \$6.248.995 | SI | CONFIRMA | SI | 09/07/2011 |
| 90 | 7/04/2011 | 47631634 | 12/05/2011 | N/A | N/A | 90018469 | \$4.700.000 | SI | CONFIRMA | SI | 12/07/2011 |
| 91 | 25/05/2011 | 48027781 | 12/07/2011 | N/A | N/A | N/A | \$8.742.285 | SI | CONFIRMA | SI | 12/09/2011 |
| 92 | 8/06/2011 | 48027960 | 12/07/2011 | N/A | N/A | N/A | \$7.794.000 | SI | CONFIRMA | SI | 12/09/2011 |
| 93 | 12/05/2011 | 48027961 | 12/07/2011 | N/A | N/A | 102375375 | \$7.017.296 | SI | CONFIRMA | SI | 12/09/2011 |
| 94 | 19/05/2011 | 48030817 | 12/07/2011 | N/A | N/A | N/A | \$4.700.000 | SI | CONFIRMA | SI | 12/09/2011 |
| 95 | 25/05/2011 | 48034123 | 12/07/2011 | N/A | N/A | N/A | \$7.845.000 | SI | CONFIRMA | SI | 12/09/2011 |
| 96 | 17/03/2011 | 48039012 | 12/07/2011 | N/A | N/A | 90018478 | \$3.000.000 | SI | CONFIRMA | SI | 12/09/2011 |
| 97 | 17/02/2011 | 48039013 | 12/07/2011 | N/A | N/A | N/A | \$3.000.000 | SI | CONFIRMA | SI | 12/09/2011 |
| 98 | 17/03/2011 | 48039014 | 12/07/2011 | N/A | N/A | 90018479 | \$3.000.000 | SI | CONFIRMA | SI | 12/09/2011 |
| 99 | 24/02/2011 | 48039015 | 12/07/2011 | N/A | N/A | 90018480 | \$3.000.000 | SI | CONFIRMA | SI | 12/09/2011 |
| 100 | 10/02/2011 | 48091927 | 14/07/2011 | N/A | N/A | 90018477 | \$2.000.000 | SI | CONFIRMA | SI | 14/09/2011 |
| 101 | 11/01/2011 | 47004086 | 14/07/2011 | 48092840 | 19/04/2011 | N/A | \$7.350.000 | SI | CONFIRMA | NO | NO |
| 102 | 8/06/2011 | 48118556 | 15/07/2011 | N/A | N/A | N/A | \$62.638 | SI | CONFIRMA | SI | 15/09/2011 |
| 103 | 2/06/2011 | 48214052 | 1/08/2011 | N/A | N/A | 90018482 | \$5.786.055 | SI | CONFIRMA | SI | 01/10/2011 |
| 104 | 14/07/2011 | 48279422 | 9/08/2011 | N/A | N/A | 90018485 | \$4.700.000 | SI | CONFIRMA | SI | 09/10/2011 |
| | | | | | | | \$539.819.170 | | | | |

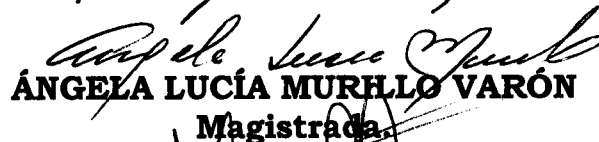
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** únicamente al demandado **CONSORCIO SAYP 2011** de todas las pretensiones invocadas en su contra.

TERCERO: ADICIONAR el numeral quinto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que la demandada **ADRES** podrá demostrar el pago a la demandante **EPS SURAMERICANA S.A.**, de los valores reconocidos en el trámite excepcional de divergencias recurrentes sobre los recobros aquí demandados.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|--|
| RADICACIÓN | 1100131050-06-2018-00331-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | JORGE VALENTIN CALDERON CASTAÑEDA |
| DEMANDADA | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | CONFIRMA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|---|
| RADICACIÓN | 1100131050-15-2013-00648-02 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA SA |
| DEMANDADA | NACION - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | MODIFICA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|-------------------------------|
| RADICACIÓN | 1100131050-22-2016-00638-02 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | ALBERTO GALINDO CARDENAS |
| DEMANDADA | OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | CONFIRMA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|--|
| RADICACIÓN | 1100131050-18-2018-00647-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | JAIME EDUARDO FERNANDEZ GALVIS |
| DEMANDADA | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | MODIFICA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|---|
| RADICACIÓN | 1100131050-08-2019-00624-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | RAFAEL IGNACIO COTRINO BADILLO |
| DEMANDADA | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTROS |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | MODIFICA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|---|
| RADICACIÓN | 1100131050-22-2018-00530-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | FREDDY GERBERT RODRIGUEZ VIGOYA |
| DEMANDADA | AMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | MODIFICA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|--|
| RADICACIÓN | 1100131050-22-2018-00253-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | HECTOR EFRAIN SOLORZANO |
| DEMANDADA | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | CONFIRMA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|----------------------------------|
| RADICACIÓN | 1100131050-14-2018-00165-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | RUTH MERY NARANJO BOHORQUEZ |
| DEMANDADA | COLPENSIONES Y OTRO |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | MODIFICA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|---|
| RADICACIÓN | 1100131050-02-2018-00104-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | CONSULTA SENTENCIA |
| DEMANDANTE | LUZ MIRYAM MENJURE ROSAS |
| DEMANDADA | CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | CONFIRMA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|-----------------------------------|
| RADICACIÓN | 1100131050-09-2018-00279-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | RICARDO ALEXANDER BORDA MOLINA |
| DEMANDADA | CORPORACION NUESTRA IPS |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | MODIFICA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|-------------------------------|
| RADICACIÓN | 1100131050-36-2017-00326-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | LUIS ANTONIO MORALES GARCIA |
| DEMANDADA | NEFTALI CUNINJAN |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | CONFIRMA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|--|
| RADICACIÓN | 1100131050-32-2019-00317-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | JULIALBA ARISTIZABAL ARISTIZABAL |
| DEMANDADA | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | CONFIRMA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|---|
| RADICACIÓN | 1100131050-29-2019-00402-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | HECTOR ANGEL ORJUELA |
| DEMANDADA | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCION S.A. |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | MODIFICA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|----------------------------------|
| RADICACIÓN | 1100131050-33-2015-00867-02 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | JAIRO ALEXANDER OROZCO SERNA |
| DEMANDADA | ECOPETROL S.A. Y OTROS |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | MODIFICA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA

Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA

Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|--|
| RADICACIÓN | 1100131050-32-2020-00082-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | CONSULTA SENTENCIA |
| DEMANDANTE | JOSE CLEOFE ROJAS GARCIA |
| DEMANDADA | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | CONFIRMA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

| | |
|---------------------------|--|
| RADICACIÓN | 1100131050-28-2019-00299-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | GRACIELA HERRERA GUEVARA |
| DEMANDADA | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | CONFIRMA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

EDICTO

La Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

HACE SABER

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

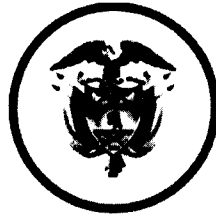
| | |
|---------------------------|---|
| RADICACIÓN | 1100131050-26-2019-00516-01 |
| TIPO ACTUACIÓN | APELACIÓN SENTENCIA |
| DEMANDANTE | LUIS FRANCISCO ROCA HERNANDEZ |
| DEMANDADA | AMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES |
| FECHA SENTENCIA | 30 DE JUNIO DE 2021 |
| DECISIÓN | MODIFICA SENTENCIA |
| MAGISTRADO PONENTE | DR. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY |

El presente edicto se fija en el micrositio web de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la sección de “**edictos**”, <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-laboral/126>, por un (1) día hábil, hoy 19/07/2021, a las 8:00 a.m., con fundamento en lo previsto en el artículo 41 CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria

El presente edicto se desfija hoy 19/07/2021, a las 5:00 p.m.

MARÍA ADELAIDA RUIZ VILLORÍA
Secretaria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-00126-2021

Radicado N° 18 2018 00647 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 6 de octubre de 2020, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JAIME EDUARDO FERNANDEZ GALVIS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 17 de julio de 1966, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 18 de junio de 1985 y el 28 de enero de 1991 y cotizó a dicha entidad un total de 134.86 semanas, que el 8 de mayo de 2006 se trasladó al RAIS administrado por PROTECCION, que al momento del traslado ninguno de los Fondos demandados le suministró con transparencia la información relacionada con las ventajas y desventajas, implicaciones y beneficios del traslado de régimen pensional, que el 12 de julio de 2018 solicitó a COLPENSIONES autorizar el respectivo traslado de régimen, entidad que resolvió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (fls. 33 a 46).

La AFP PROTECCION se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, la fecha de traslado del RPM al RAIS y la afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver

la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción (fls. 60 a 67).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 6 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor JAIME FERNANDEZ GALVIS identificado con la CC. N° 79.380.552 de Bogotá a la AFP PROTECCIÓN S.A., suscrita el día 8 de mayo de 2006, por los motivos expuestos en esta sentencia y en consecuencia DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual y tenerlos como semanas debidamente cotizadas, de conformidad con lo ordenado en precedencia. CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción, relevándose el despacho del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado de la Litis. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada AFP PROTECCIÓN S.A.,

*señálense como agencias en derecho la suma de \$1.500.000, suma que deberá pagar la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. a la parte demandante, a COLPENSIONES no se impone costas. **SEXTO:** Contra la presente providencia procede el recurso de apelación, en caso de que COLPENSIONES no apele esta sentencia, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”.*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información al momento del traslado del demandante y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCION**, pide que se revoque de manera parcial la sentencia en cuanto condenó a la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que estos gastos constituyen un derecho de las AFP que está debidamente autorizado por la Ley, que los rendimientos obtenidos por el actor obedecen a la labor de administración que realizó la entidad y no cobrar los gastos de administración pertinentes representaría un enriquecimiento sin causa para el actor.

COLPENSIONES solicita en el recurso que se revoque la decisión de primera instancia. Aduce que no es procedente el traslado ordenado en cuanto el demandante se encuentra incurso en la prohibición definida en la Ley 797 de 2003, que el actor debió solicitar su regreso al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, dice además que en este asunto no se

configura vicio en el consentimiento alguno, pues las consecuencias del traslado están claramente definidas en la ley y su desconocimiento no vicia el consentimiento, agrega que la decisión de primera instancia atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto el demandante se encuentra dentro de una prohibición legal para regresar al RPM. El apoderado de la AFP PROTECCION solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento del deber de información en los términos que exige la jurisprudencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN,

cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el demandante nació el 17 de julio de 1966 (fl. 7); *ii)* que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 18 de junio de 1985 y el 28 de enero de 1991 (fl. 7); *iii)* que el 9 de mayo de 2006 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN (fl. 68); *iv)* que el 24 de julio de 2018 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 17 y 18).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó

en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual aspecto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada*

a los *parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor JAIME EDUARDO FERNANDEZ GALVIS se trasladó a AFP PROTECCIÓN el 9 de mayo de 2006 (fl. 68), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 1 min. 12:06), pues al efecto solo manifestó que al momento del traslado no estuvo presente ningún asesor de la AFP demandada en cuanto fueron

citados para suscribir el formulario de afiliación como una directriz de la empresa donde trabajaba.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PROTECCIÓN S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el

momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAIME EDUARDO FERNANDEZ GALVIS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 018 2018 00647 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO DE ALBERTO GALINDO CARDENAS
CONTRA OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC.**

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

AUTO

De las presentes diligencias se advierte que mediante auto de la fecha el Dr. HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA manifestó a la Sala estar incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 2° del artículo 141 CGP, revisado el expediente se verifica que en efecto el citado Magistrado dictó la sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia, durante el periodo que ejerció como Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., razón por la cual se encuentra fundado el impedimento manifestado y por ello se acepta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2016 00638 02
DEMANDANTE: ALBERTO GALINDO CARDENAS
DEMANDADO: OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC.

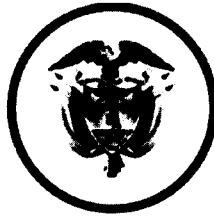
Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2.021).

De conformidad con lo establecido en el inciso 4° del art. 140 del C.G.P., me permito poner en conocimiento de Sala, particularmente del Magistrado que sigue en turno Dr. Hugo Alexander Ríos Garay, que me encuentro impedido para conocer del proceso de la referencia, al amparo de la causal consagrada en el numeral 2° del art. 141 del C.G.P., por haber conocido del proceso en primera instancia en calidad de Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0134-2021

Radicado N° 22 2016 00638 02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 9 de julio de 2019 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ALBERTO GALINDO CARDENAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes vigente desde el 24 de agosto de 1987 hasta el 12 de diciembre de 2014 y que éste terminó de manera unilateral y sin justa causa. En consecuencia pide que se condene a la demandada a pagar la indemnización por despido sin justa causa, incremento del 45% del valor de la indemnización previsto en la convención colectiva de

trabajo, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, perjuicios ocasionados por la terminación del contrato, indemnización moratoria, pago del bono ICP correspondiente al año 2014, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que el 24 de agosto de 1987, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada; que fue contratado para ocupar el cargo de MONTHLY ELECTRICAL MAINTENANCE TECHNICIAN en los llanos; que el 16 de agosto de 1993, suscribió un documento mediante el cual se acogía al régimen de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990; que el 19 de agosto de 1993, suscribió un pacto de salario integral; que el 11 de diciembre de 2014, cuando se encontraba laborando en Caño Limón (Arauca), su jefe directo le informó que debía viajar de manera urgente a la ciudad de Bogotá para una reunión con la jefe de recursos humanos de la compañía; que el 12 de diciembre de 2014, al presentarse en la oficina de la gerente de Recursos Humanos se le informó que debía asistir a una diligencia de descargos, que en dicha diligencia no se le puso de presente la razón por la cual había sido citado; que la diligencia estuvo dirigida a que confesara haber cometido actos de acoso sexual en personas que ni siquiera fueron mencionadas; que la diligencia finalizó a las 8:10 de la noche y sobre las 8:20 p.m. la gerente de Recursos Humanos le hizo entrega de la carta de terminación del contrato. Dice que las razones aducidas por la demandada para dar por terminado el contrato no fueron acreditadas, que ni siquiera se le dio a conocer el nombre de las personas que supuestamente habían sido objeto de acoso; que en el procedimiento seguido para finalizar el vínculo laboral no se respetó su derecho al debido proceso, ni se tuvo en cuenta el trámite previsto en el Reglamento Interno de Trabajo para casos de acoso laboral; que devengaba un salario integral de \$26.429.000; que las cotizaciones a pensión no se realizaron sobre el valor correspondiente; que anualmente recibía un bono denominado Incentive Compensation Plan; que recibía un auxilio educativo anual, medicina prepagada,

auxilio de ahorro mensual, gimnasio, auxilio para renovación de lentes y monturas de gafas, seguro de vida, préstamo de vehículo a seis años sin intereses, préstamo de vivienda, que para la fecha de terminación del contrato tenía cargo a sus dos hijas, su madre y su suegra.

Finalmente refiere que los hechos de la terminación del contrato se tradujeron en actos de acoso sexual a trabajadoras administrativas de la demandada, trabajadoras de contratistas y aprendices del SENA, que la razón de la terminación del contrato le ocasionó serios problemas familiares, personales y laborales, que no ha podido encontrar un empleo con iguales o si quiera menores condiciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral, el salario y cargo ocupado por el demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa, compensación, pago, buena fe y prescripción (fls. 127 a 160).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 9 de julio de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:
"PRIMERO: ABSOLVER a la parte sociedad OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor ALBERTO GALINDO CARDENAS, identificado con cedula de ciudadanía número 91.205.392 de conformidad con lo dispuesto la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la demandada, la inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro a lo no debido. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000 pesos. **CUARTO:** Se ordena surtir el grado jurisdiccional de consulta de la presente sentencia a favor del demandante en caso de no ser apelada la misma”.

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la terminación del contrato de trabajo del actor obedeció a una justa causa comprobada y si era necesaria la realización de un procedimiento especial por parte de la demandada, previo a dar por terminado el contrato. Para resolverlo indicó que de acuerdo a reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la terminación del contrato de trabajo no está considerada como una sanción disciplinaria y el empleador no requiere de un procedimiento especial para dar por terminado el contrato, que en el caso de la demandada, ni el reglamento interno de trabajo ni el contrato de trabajo definen la ejecución de un procedimiento específico para dar por terminada la relación laboral y si bien la convención colectiva de trabajo trae un proceso sobre el particular, ésta no le era aplicable al actor en razón al cargo que ocupaba. Dijo además que de todas formas la demandada cumplió con la obligación de poner en conocimiento del actor los cargos que se le endilgaban para que ejerciera su derecho de defensa al respecto en el momento que asistió a la diligencia de descargos. Concluyó, de acuerdo a la prueba testimonial practicada, que el actor incurrió en las conductas que se le endilgan en la carta de terminación del contrato y que ellas constituían una falta grave a sus obligaciones legales y reglamentarias.

III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, pide que se revoque la decisión de primera instancia y se

concedan las pretensiones formuladas. Para sustentar el recurso aduce que previo a dar por terminado el contrato del actor la demandada debió realizar un proceso disciplinario en su contra, o agotar el trámite previsto para este tipo de casos en el código de conducta de la entidad, dice que la demandada al citar a descargos al demandante lo que estaba haciendo en realidad era iniciar un proceso disciplinario que no se agotó ni se realizó teniendo en cuenta los parámetros definidos por la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 115 del CST y por ello la terminación del contrato carece de efecto. Dice además que existen claras contradicciones entre lo manifestado por los testigos en la audiencia que se realizó en el despacho y las versiones entregadas por cada una de estas personas a la compañía en la investigación realizada, que no se encuentra demostrados que el actor hubiera incurrido en las conductas que se le endilgan contra las trabajadoras de la empresa y que de hecho una de ellas, la aprendiz del SENA, ni siquiera fue llamada a rendir su versión en este proceso, por lo que no es posible establecer que el actor en realidad hubiere tenido algún tipo de conducta irregular en su contra, lo que conduce a concluir que no se probó la existencia de la justa causa que se aduce en la terminación del contrato. Por otro lado, estima que es procedente el reajuste del valor de las cotizaciones realizadas a pensión, pues si bien existe una norma que impone un límite de 25 SMLMV, esta disposición se debe inaplicar en cuanto no puede limitar un derecho irrenunciable como lo es el derecho a la pensión y que de todas formas, con anterioridad a la vigencia de esta norma la demandada estaba en la obligación de realizar los aportes sobre el 70% del salario y no sobre el 66% como lo hizo, y por ello debe ordenarse el reajuste correspondiente.¹

¹ "Gracias, señor juez, me permito manifestar que interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir en su despacho con fundamento en los siguientes argumentos. La parte demandante insiste en que el señor ALBERTO GALINDO CÁRDENAS se le debió a hacer un proceso disciplinario, tal como lo establece la sentencia mencionada recurso apelación y que hace referencia a la constitucionalidad del artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que como se dijo, primero se inició una investigación de la que no se le hizo parte al señor GALINDO CÁRDENAS, y después por recomendación de la comisión que efectúa la investigación, se le cito a descargos el día 12 de diciembre 2014,

y el fundamento de dicha terminación del contrato de trabajo fue precisamente esa diligencia de Descargos. En el Código de conducta en los negocios de la empresa OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION, en el capítulo de prácticas en el lugar de trabajo, acoso en el lugar de trabajo, se dice lo siguiente "cualquier empleado que crea que él o ella ha sido víctima de acoso prohibido en el lugar de trabajo, debe informar al ofensor que él o ella encuentra dicho comportamiento inapropiado y pedir que se detenga, si el empleado se siente cómodo en hacerlo, los empleados a quienes se les pide tener dicha conducta deben respetar dicha solicitud y detenerse, si un empleado no se siente cómodo en hablar con el ofensor, dicho empleado debe dar parte de cualquier problema concerniente a oportunidad equitativa empleo o acoso en el lugar de trabajo a su supervisor a una persona designada en el departamento de recursos humanos del empleado al oficial de cumplimiento del segmento apropiado o al oficial de cumplimiento en jefe". Obsérvese que es el mismo código de conducta el que como decía esta mañana el apoderado de la parte demandante, revictimiza a la víctima, no es una invención mía si no está ahí en el propio código donde dice que debe informarle al ofensor que hecho comportamiento lo encuentra inapropiado y allí a continuación dice "la compañía conducirá una investigación con prontitud y con sensibilidad hacia la confidencialidad hasta donde sea practicable, se espera que todos los empleados cooperen con dichas investigaciones, la compañía no tolerará amenazas o actos de represalia contra empleados por utilizar los canales de queja o por cooperar en la investigación, los empleados a quienes se les haya encontrado invocados en conductas que violan las políticas de la compañía o que no hayan usado y en sus posiciones de autoridad, en este sentido lo que no cooperen durante una investigación y que a sabiendas hayan expresado una queja falsa o que hayan tomado represalias en contra alguien por dar parte de proveer información sobre un reclamo, estarán sujetos a medidas disciplinarias incluido el despierto" considero que la investigación que inició la entidad demandada, se hizo a espaldas del señor demandante y con todo eso a las recomendaciones del comité dice que "llamen a descargos Alberto Galindo siguiendo el procedimiento establecido en el código de conducta de la compañía" efectivamente la empresa podría haber terminado en cualquier momento el contrato de trabajo, como decía esta mañana el apoderado de la parte demandada y el señor juez en su fallo, pero ellos tomaron la opción de llamar a descargos, la llamada a descargos no es otra cosa que un proceso disciplinario tal como está establecido en el artículo 115 del Código Sustantivo de Trabajo y que fue lo que modificó la Corte Constitucional, entonces debió cumplirse con los requisitos que señala la norma el artículo 115, por lo tanto insistimos en que no habiéndose realizado esa investigación previa en los términos en que está allí establecido, pues la terminación del contrato carecería de efecto. Ahora y aceptando en gracia de discusión de que no se necesitara el anotar investigación alguna, proceso disciplinario alguno, el señor juez dice respecto de las causales que se habla aquí en la carta de terminación del contrato de trabajo, respecto a una las terapeutas de campo, una profesora inglés y una de las aprendices Sena, y dice que eso fue corroborado por una de las señoras Laura Moros que era la profesora inglés, Kelly García que era practicante del Sena y Yuli Catherine Sanabria que era la fisioterapeuta, que sólo ratificaron en esta audiencia, a esta audiencia vinieron solo la señora Yuli Catherine Sanabria y Laura Moro pero la señora Kelly García no asistió. Ahora de otro lado las declaraciones rendidas esta mañana por la señora Laura Moro y Yuli Catherine Sanabria, ellas dicen que de entrada alguien les informó que tuvieran cuidado con el señor ALBERTO GALINDO porque había, presenta, o habían rumores de que el señor se comporta mal con las trabajadoras de qué habían en campo, entonces de entrada ellas ya iban prevenidas, pero las declaraciones que rindieron esta mañana no concuerdan completamente con lo expresado en las entrevistas que recibieron en la investigación, por ejemplo cuando se le preguntó qué o en un punto dado al señor JESÚS ANDRAE, el médico dijo que la señora Yuli Catherine Sanabria había ido y en una consulta médica le había revelado que había tenido un inconveniente con el señor ALBERTO GALINDO, le comento cuál había sido ese situación que se había presentado en el momento de una terapia y que el respetando el secreto profesional, le solicitó autorización para poder presentar la queja ante sus superiores. En la entrevista que se le hizo a Yuli Catherine Sanabria, finalizando la pregunta 3, ella dice "entiendo que Liliana le contó a JESUS ANDRAE lo ocurrido y Jesús me buscó para que le contara lo ocurrido." La misma Yuli Catherine Sanabria, está contradiciendo al testigo JESÚS ANDRAE que dijo que era ella la que en una consulta la que le había dicho directamente. Yuli Catherine Sanabria dice fue Liliana la que le contó JESUS ANDRAE. Si se observan las declaraciones de los que rindieron en la investigación las señoras Laura Moro y Yuli Catherine Sanabria, las que serían las personas a tener en cuenta de acuerdo a la carta de terminación del contrato, no coinciden con lo que dijeron esta mañana, el testimonio del señor JESUS ANDRAE tampoco coincide con lo que dijo esta mañana, y si se va a mirar por ejemplo, la declaración de la señora Adriana Congruo,

en la entrevista que dio al comité que investigó las supuestas conductas de acoso sexual del señor ALBERTO GALINDO hace referencia a que el situó actos inapropiados con ella, y sin embargo la declaración rendida esta mañana ella dijo que jamás se había metido con ella, le preguntaron qué si conocía de otras personas dijo que con una estudiante que ella tenía, pero que con ella nunca se había metido, entonces las declaraciones que dieron en la entrevista y que dieron origen al llamamiento del señor Alberto Galindo a la audiencia de descargos no coinciden para nada con lo que dijeron esta mañana en la declaración. De otro lado por ejemplo la señora Gloria Amparo Molina, cuando se le preguntó si después que ellos celebraron un acuerdo, un convenio respecto de una situación que se presentó en el 2010, ella manifestó que después de esa situación en ningún momento después de firmarse se presentó algún acto indebido por parte del señor ALBERTO GALINDO, y esa acta se suscribió por una queja que ella presentó por supuesto acoso sexual del señor ALBERTO GALINDO diciendo que era que él como represalia por no salir con ella o no acceder a las peticiones del entonces, él le había presentado una queja falsa o un llamado de atención por unos pagos que se hayan demorado, sin embargo en ese mismo trámite declaró el señor ANCIZAR QUINTERO quien la señora Gloria Amparo Molina manifestó que era su jefe inmediato, y el señor ANCIZAR QUINTERO manifestó que al revisar el proceso encuentra que si bien el pago tomó un tiempo considerable y en exceso no encuentro un manejo irregular de parte la funcionaria pues no se contaba con los recursos para efectuar el pago, explicó que actualmente se encuentran en proceso de revisión los procesos de pago a través de caja menor, tipo de servicio, monto de pago, etc. para evitar que en el futuro se vuelvan a generar demoras en los pagos a contratistas, luego la situación del llamado de atención o de quejas que efectuarán y le dieran a ALBERTO GALINDO a la señora GLORIA PEDRO MOLINA no era una falsedad como ella misma lo afirma, y de todas formas allí no se probó que se hubiera esa conducta inapropiada por parte del señor ALBERTO GALINDO, pero las partes convinieron porque así se dice convinieron, 7 numerales, y en el numeral séptimo dice "la compañía través del departamento de recursos humanos hará un seguimiento a los comportamientos de las partes con el fin de constatar que la relación entre ellos en el marco profesional son respetuosos y de acuerdo con las políticas de la empresa y de la ley" eso de acuerdo a ese numeral prácticamente podríamos decir que el señor ALBERTO GALINDO estaba preavisado de cometer cualquier acto inapropiado con cualquiera de las de las mujeres que trabajan en Caño de limón, por qué estaba encima el departamento de recursos humanos haciéndole seguimiento a su comportamiento. Ahora la carta de terminación se refiere a lo estableció como causal de terminación del contrato de trabajo, lo establecido en el numeral sexto el decreto 2351 del 65, qué dice "son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumplen el trabajador de acuerdo con el artículo 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos, convenciones, colectivas, fallos, arbitrales, contratos individuales" me parece que en el presente caso pues como lo decía y dentro del proceso no se logró demostrar si se comparan las declaraciones rendidas hoy por las trabajadoras con las rendidas allá y aun con las que algunas rindieron ante notaria, que no se demostró, no se encuentra demostrado que el señor ALBERTO GALINDO CÁRDENAS hubiera incurrido en actos inapropiados con las referidas personas que eran la fisioterapeuta y la profesora inglés, por cuanto que la profesora o la practicante Sena no asistió hoy a realizar declaración. Respecto de los aportes a la Seguridad Social, por qué se le solicitaba al señor juez que aplicará por inconstitucional el encabezado el inciso cuarto, quinto, no recuerdo en este momento del artículo 18 de la ley 100 del 93, es porque si el estado está fijando que las que pensiones máximas no pueden sobrepasar los 25 salarios mínimos, pues no se puede limitar el tope de la base de cotización de manera que no pueda lograr esa mesada, teniendo en cuenta que los derechos laborales son irrenunciables, este es un derecho cierto e irrenunciable, derecho a la Seguridad Social, a la pensión es un derecho que no puede renunciar, es por esa razón que se le está solicitando y se le solicita al Tribunal se revise dicha situación y además como lo decía con anterioridad a la reforma de ese artículo 18 de la ley 100 del 93 a través del artículo 5 de la ley 797, con anterioridad no existía límite para ese tope, y sin embargo, Occidente de Colombia venía pagando los aportes a la Seguridad Social, especialmente en pensiones del señor ALBERTO GALINDO CÁRDENAS sobre el 66% como quiera que cuando se firmó el documento, donde suscribieron el documento denominado "Estipulación sobre salario integral" en el artículo tercero se pactó que el factor prestacional era el 34%, luego el factor salarial correspondería el 66%, entonces durante ese tiempo por lo menos en el periodo comprendido entre el 19 de agosto del 93 y enero 29 del 2003, qué fue cuando entró en vigencia la ley 797 del 2003, se le dejó de pagar los aportes a la Seguridad Social en pensiones al señor ALBERTO GALINDO sobre el 70%, en ese momento no había ninguna limitación del tope como lo hay ahora, y

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto quedó claramente acreditado la existencia de la justa causa aducida para dar por terminado el contrato. Por su parte, el apoderado de la parte demandada solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la entidad demandada debía agotar trámite alguno previo a decidir dar por terminado el contrato de trabajo del actor, si se acreditó la ocurrencia de las conductas aducidas como justa causa y si es procedente el reajuste de los aportes a pensión que se reclama.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: *i)* entre la demandada y el demandante existió un contrato de trabajo

teniendo en cuenta que en la Seguridad Social es imprescriptible, por eso insisto en que se condene a la sociedad demanda a pagar los aportes a la Seguridad Social en pensiones sobre la totalidad del 70% y en el evento de que se deje de inaplicar por inconstitucional el artículo 18 inciso correspondiente al tope sobre el cual se debe efectuar la base de cotización, se condenen salarios caídos a la entidad demandada e igualmente en el evento de declararse la existencia de que el contrato de trabajo se terminó sin justa causa, pues habría lugar al pago prorrateado del bono a que tenía derecho el señor ALBERTO GALINDO CÁRDENAS. Dejó en estos términos, interpuesto y sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias"

a término indefinido desde el 24 de agosto de 1987 y que el cargo inicialmente desempeñado por el actor era el de MONTHLY ELECTRICAL MAINTENANCE TECHNICIAN (fls. 161 a 163); **ii)** que el 19 de agosto de 1993 las partes estipularon el pago de salario integral en el cual se fijó como factor prestacional el 34% (fls. 164 a 166); **iii)** que el 19 de agosto de 1993 las partes realizaron una adición al contrato de trabajo, donde se definió que el actor se acoge a la modalidad de salario integral a partir del 1° de julio de 1993 (fls. 164 a 166); **iv)** que el 10 de febrero de 2010, el actor suscribió un acuerdo con la trabajadora GLORIA AMPARO MOLINA, relacionado con el cumplimiento de las políticas de la empresa, sobre trato respetuoso en el lugar de trabajo y evitar cualquier conducta que constituya acoso laboral (fls. 180 a 184); **v)** que mediante comunicación del 12 de diciembre de 2014, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo del actor aduciendo la existencia de una justa causa (fls. 217 y 2187); **vi)** que el último cargo desempeñado por el actor fue el de Superintendente de Generación y el último salario devengado corresponde a la suma de \$26.429.000 (fl. 219).

- **Sobre el Debido Proceso en la Terminación de un Contrato de Trabajo y la Existencia de una Justa Causa.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo en su literal a) define en forma taxativa las conductas del trabajador que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, de manera unilateral con justa causa y por ello sin el pago de indemnización.

Dentro de tales conductas, el numeral 6° literal a), al que corresponden los hechos alegados como justa causa, autoriza al empleador el despido del trabajador cuando ha incumplido, en forma grave, con las obligaciones o prohibiciones que exponen los

artículos 58 y 60 del CST, o cuando incurre en una falta grave a las obligaciones o deberes que se comprometió en forma específica a cumplir respecto de un empleador determinado. En este último caso, la misma norma faculta a las partes para definir en el contrato, en el Reglamento Interno de Trabajo, en el pacto colectivo o en la convención colectiva, las conductas que se consideran graves, y cuando no estén así definidas en los citados acuerdos, debe el Juez establecer si intrínsecamente tienen ese alcance, analizando en cada caso el incumplimiento del trabajador. Así lo ha aceptado de manera reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL672 de 2019, SL2342 de 2019, SL3447 de 2019, SL3196 de 2019.

Ahora bien, previo a definir la existencia de las conductas que se endilgan al actor en el documento que puso fin al vínculo laboral, conviene precisar que la decisión unilateral de dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador no corresponde a una sanción disciplinaria. Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha explicado, que la facultad legal que tiene el empleador de finalizar el vínculo por culpa imputable al trabajador, no se encuentra supeditada a un trámite disciplinario, pues dicha decisión no corresponde a la imposición de una sanción disciplinaria, en cuanto supone el fenecimiento de la relación laboral y finalización de cualquier vínculo jurídico y contractual entre las partes, en tanto la sanción implica la vigencia y continuación de la relación laboral, razón por la que estas dos situaciones no corresponden ni pueden entenderse como un mismo concepto. Dice esta Corporación que la situación es diferente cuando el empleador ha establecido un procedimiento específico para tal fin, caso en el cual es imprescindible su cumplimiento, so pena de que el despido se torne ilegal (sentencia SL13691-2016, SL1055-2017 y SL 670-2018).

Sobre la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 115 del CST y lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia C – 593 de 2014, mediante la cual se estudió la constitucionalidad de dicha norma, conviene precisar que la norma y jurisprudencia referida tratan específicamente el procedimiento a seguir en caso de que el empleador requiera imponer una sanción disciplinaria a sus empleados, pero en manera alguna define éste como un requisito, trámite o procedimiento previo a dar por terminado un contrato de trabajo. Precisa nuevamente el Tribunal, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1077-2018, reiteró que la terminación del contrato con justa causa no corresponde a una sanción disciplinaria y por ello no requiere de la ejecución de un trámite o procedimiento especial alguno previo a dar por terminado el contrato de trabajo, salvo que éste se haya pactado de manera extralegal. Por ello, entiende la Sala, como se explicó inicialmente, que casos como el que nos ocupa, no constituye un requisito para el empleador agotar un trámite o proceso disciplinario antes de dar por terminado el contrato.

Lo único que ha definido la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre al efecto, es lo reiterado en la sentencia SL1444-2018, mediante la cual la Corte explicó que la citación a descargos no constituye una obligación del empleador previo a dar por terminado el contrato, pues no es la única forma en que se garantiza el derecho de defensa del trabajador, dice la Corte, que basta con que al trabajador se le pongan en conocimiento las razones que constituirían la justa causa para que éste en ejercicio de este derecho de su versión de los hechos.

En este orden de ideas, debe el Tribunal verificar, si la demandada se encontraba obligada a agotar algún trámite previo a dar por terminado el contrato y si de las pruebas aportadas es posible establecer la existencia de la justa causa.

Sobre la primera situación planteada y una vez revisadas las pruebas del expediente, es claro para la Sala que no resultaba obligatorio para la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA realizar o agotar procedimiento disciplinario alguno al demandante, previo a dar por terminada la relación laboral, pues la finalización del vínculo no se dio con fundamento en la imposición de una sanción sino por lo que la demandada consideró la ocurrencia de una justa causa. Si bien el apoderado del actor aduce en el recurso y en sus alegaciones que debió agotarse el procedimiento señalado en el artículo 86 del Reglamento Interno de Trabajo, que prevé el trámite o procedimiento que debe seguirse ante la denuncia de conductas por acoso laboral (fl. 340), lo cierto es que nada tiene que ver con la situación que nos ocupa el trámite allí establecido. Nótese que en la carta de terminación del contrato y en la diligencia de descargos a la cual fue citado el actor (fls. 205 a 218), nada se dice o se menciona sobre el inicio de un procedimiento por acoso laboral, luego no podría imponerse la obligación a la demandada de adelantar un trámite que no corresponde a la situación del demandante.

Tampoco puede entenderse que aun cuando las conductas que se le endilgan al demandante pudieran constituir o estar relacionadas con acoso laboral, la demandada tuviera necesariamente que renunciar a la facultad legal que se le otorga para terminar un contrato con justa causa o condicionar su actuar al agotamiento de un trámite que en últimas, no resulta necesario cuando actúa dentro del marco de las facultades que le otorgan las normas. Cosa diferente sería que dicho reglamento estableciera un procedimiento o trámite específico en casos en que se pretendiera terminar un contrato de trabajo con justa causa y ello no está estipulado en ningún aparte de dicha disposición.

Por lo anterior, considera la Sala que la demandada cumplió con su deber legal de respetar el derecho de defensa del actor al

escuchar su versión dentro de la diligencia de descargos que se practicó el día 12 de diciembre de 2014 y en la cual de manera clara se le puso de presente al actor las conductas que se le endilgaban (fls. 205 a 216), único requisito que según la jurisprudencia debía demostrarse. Lo anterior no implica, como lo pretende hacer ver el apoderado de la parte demandante, que la diligencia de descargos constituyera el inicio de un proceso disciplinario en contra del actor, ni que la investigación realizada por la demandada para corroborar que el actor había incurrido en las conductas que más adelante se analizaran, tuviera que asemejarse al agotamiento de un trámite disciplinario para la imposición de una sanción, pues lo que abiertamente se pretendía era verificar si existía o no una justa causa para dar por terminado el contrato.

Definido como está que no existía obligación de agotar un trámite específico previo a dar por terminado el contrato de trabajo del actor la Sala se ocupará de estudiar si se probó la existencia de la justa causa, es decir: **i)** si los hechos alegados ocurrieron, **ii)** si tales hechos constituyen una falta a las obligaciones del trabajador, y **iii)** si éstos revisten gravedad.

i) Sobre lo primero, de la carta de terminación del contrato que obra a folios 217 y 218 del expediente, se advierte que OCCIDENTAL DE COLOMBIA refirió como hechos constitutivos de la justa causa del despido, los siguientes:

“(...) Conforme a la ley aboral colombiana y al CODIGO DE NEGOCIOS DE OXY, además de atender las funciones propias de su cargo, está en la obligación de guardar la moral en sus relaciones con sus superiores, compañeros y subalternos, obligación que comprende, sin limitarse, la de abstenerse de desplegar conductas indecorosas y/o hacer insinuaciones irrespetuosas al personal femenino de la compañía.

No obstante, conforme a la información suministrada varias trabajadoras de Occidental, sus empresas contratistas e incluso por aprendices de la compañía, usted ha actuado de forma inapropiada.

Así, una de las terapeutas de campo informó que en una ocasión, durante la semana de la salud, en que le estaba practicando un masaje en la zona lumbar usted le manifestó que tenía una dolencia en los glúteos, se bajó la pantaloneta para que le masajearan dicha área y posteriormente se volteó solicitándole que le masajeara su zona genital.

En igual forma, una de las profesoras de inglés que presta servicios en campo, ha manifestado que usted en forma reiterada le ha hecho insinuaciones indecorosas, invitándola a sostener relaciones sexuales “para liberar estrés” y le ha indicado que no confunda el amor con el sexo.

Así mismo, una de las aprendices del SENA de la compañía, ha informado que usted la ha invitado a ver videos pornográficos y le ha hecho propuestas indecorosas, le ha pedido que lo bese, lo abraze o le toque sus genitales y le ha insinuado que quiere tener relaciones sexuales con ella.

Para la empresa las explicaciones dadas por usted en sus descargos, cuya acta hace parte integral de la presente comunicación, no son satisfactorias y no justifican su incumplimiento. Por el contrario, todos estos hechos evidencian la falta de compromiso y responsabilidad para con la compañía, máxime teniendo en cuenta que según la información obtenida en desarrollo de la investigación adelantada al interior de la compañía como consecuencia las denuncias presentadas, no es la primera vez en que incurre en una conducta de esta naturaleza, habiendo celebrado compromisos para evitar este tipo de situaciones.

Por los motivos anteriormente expuestos, la empresa ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir de la fecha con fundamento en lo establecido en el numeral 6° del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los artículos 58 y 60 del CST y con lo preceptuado en el reglamento interno de trabajo de la empresa y el CODIGO DE CONDUCTA DE NEGOCIOS DE OXY (...)."

Sobre los hechos aducidos por la demandada para dar por terminado el contrato del actor, encuentra el Tribunal que éstos si ocurrieron, pues ello se deduce de manera clara de los documentos de folios 189 a 194, que corresponden a las declaraciones rendidas por LAURA MORO, KELLY GARCIA, JULY KATHERINE SANABRIA y

ADRIANA CUBURUCO, dentro de la investigación interna realizada por la demandada por los hechos relacionados con las conductas desplegadas por el actor en contra de algunas de las empleadas de la compañía. Al contenido de las manifestaciones allí realizadas se remite la Sala.

Además de lo anterior, del testimonio rendido por LAURA MILENA MOROS DURAN (Cd. 2 hora 01:08:15), quien fue docente de inglés en el campo de Caño Limón en el año 2014 y manifestó conocer al demandante por haber sido su profesora de inglés en la época, dijo en la diligencia que el actor se desempeñaba como Superintendente del campo, que al llegar al campo la compañera a la que relevó le manifestó que debía tener cuidado con ALBERTO GALINDO, porque éste acostumbraba a sobrepasarse con las mujeres, que al tratarlo inicialmente las conversaciones fueron normales pero después se tornaron un poco sexuales, pues en una oportunidad al terminar la clase mientras caminaban él le preguntó cómo se encontraba y ella le respondió que le dolía un poco la cabeza y que tal vez era por deshidratación a lo que él respondió que eso era falta de sexo porque llevaban mucho tiempo en el campo, que tenían mucha energía acumulada y que se podían ayudar a sacarla, refirió que ella bastante incomodada le respondió que ella tenía novio y no le interesaba a lo que él respondió que solo era sexo y eso no implicaba nada, que la esperaba en la oficina para hablar del tema, que después en otra oportunidad le preguntó si tenía relaciones con su novio por teléfono y desde ahí ella muy asustada porque solo tenía 23 años y no sabía cómo manejar la situación, decidió contar en Recursos Humano lo sucedido, que sabe que por esa razón le iniciaron una investigación al demandante y dentro de dicha investigación ella tuvo que venir a Bogotá a dar su declaración.

Por su parte, YULY KATHERINE SANABRIA (CD. 2 hora 01:21:58), dijo conocer al demandante porque trabajaba en un spa

que prestaba servicios de masajes en el campo caño limón, que eso fue más o menos en el año 2014, que en una oportunidad durante la semana de la salud, realizó al demandante un masaje que comprendía cuello, espalda, extremidades superiores e inferiores, que para ello la persona debía quedarse en ropa interior, dice que finalizando el masaje al actor, le preguntó si tenía alguna dolencia y éste le respondió que tenía un dolor en la zona lumbar glútea, ella le dijo que para ello debía bajar un poco más la pantaloneta y él procedió a bajarla completa, que ella uso una toalla para taparlo porque resultó incomodo el momento y al finalizar el masaje el actor se dio vuelta y le dijo que si podía realizar un masaje en su zona genital a lo que ella muy molesta respondió que no y le pidió que se vistiera de inmediato y se retirara. Dijo que después de la situación en una oportunidad se encontraba realizando terapias puesto a puesto y preguntó el nombre del actor a otras empleadas de la compañía, que le mostraron unas fotos y reconoció al actor, por lo que procedió a informar a su jefe lo ocurrido, quien a su vez informó al Dr. Jesús y al Dr. Cristancho, quienes luego reportaron el caso a la oficina de recursos humanos en Bogotá.

A su vez, ADRIANA CUBURUCU (CD. 2 hora 01:31:57), manifestó que el demandante era su jefe en OCCIDENTAL, dijo que el actor nunca tuvo conductas indecorosas hacia ella pero con una estudiante del SENA que trabajaba con ella sí, que la estudiante se llama KELLYS y en una oportunidad ella y otras de sus compañeras le contaron que el demandante las acosaba cuando estaban en la oficina, que les pedía besos, cerraba las cortinas e intentaba cogerlas a la fuerza, que en otra oportunidad Yuly la masajista se había acercado a ella y le pidió que le mostrara el organigrama, que al verlo señaló a ALBERTO GALINDO y le manifestó que esta persona había tenido conductas inadecuadas con ella en una sesión de masajes, dice que cuando se realizaron los reportes respectivos en la compañía la citaron para que diera su declaración sobre estos hechos.

JESUS EDUARDO ANDRADE GONZALEZ (CD. 2 hora 01:40:03), por su parte manifestó ser el médico del campo en Caño Limón para la época de los hechos, dijo que tuvo conocimiento de las conductas indecorosas del actor hacía varias de las trabajadoras del campo, pues varias de las victimas acudieron a su consultorio para contrale lo sucedido, que entre ellas se encontraba la masajista quien le había comentado el momento incomodo que paso cuando realizaba un masaje al actor, afirmó que otras empleadas le comentaron sus casos y realizó el reporte correspondiente a la oficina de Recursos Humanos, respecto de las personas que le autorizaron reportar el caso. Que una vez informó, se inició la investigación correspondiente para esclarecer lo sucedido.

RODOLFO PINEDA OTALORA (CD. 2 hora 01:48:55) manifestó trabajar en OCCIDENTAL y conocer al demandante aproximadamente desde el año 1986, que para el año 2014 se desempeñaba como Gerente del campo Caño Limón, que el demandante le reportaba directamente a él y que en reiteradas oportunidades escuchó y le reportaron diversas conductas inapropiadas del actor con varias mujeres del campo, que a raíz de los comentarios y los reportes la compañía inició una investigación en contra del actor. Dice que el cargo que ejercía ALBERTO GALINDO era considerado como de dirección, confianza y manejo y por ello no los cobijaba la convención colectiva.

Además de los testimonios referidos se escuchó a GLORIA AMPARO MOLINA DIAZ (CD. 2 min. 41:26), quien manifestó trabajar al servicio de la demandada, dijo haber coincidido en algunos periodos con el demandante en Caño Limón y en Bogotá, que aproximadamente en los años 2004 y 2010 tuvo algunas situaciones con el actor, pues éste le realizaba insinuaciones y propuestas indecorosas, que a raíz de uno de esos episodios tuvo que dar aviso a la oficina de recursos humanos donde iniciaron un proceso e hicieron firmar al actor un acuerdo donde se comprometía

a guardar la compostura con ella, a tratarla de manera respetuosa y a tener contacto única y exclusivamente para asuntos laborales. Dijo además que después de la firma del acuerdo el actor no volvió a realizarle comentario alguno ni tuvieron problemas futuros por el tema.

De las declaraciones relacionadas, encuentra la Sala debidamente acreditados los hechos que se le endilgan a ALBERTO GALINDO CARDENAS en la carta de terminación del contrato, los testigos referidos ofrecen al Tribunal total credibilidad sobre lo manifestado, en cuanto fueron espontáneos, contestes y congruentes en sus afirmaciones, su conocimiento deviene, en el caso de LAURA MILENA MOROS DURAN y YULY KATHETRINE SANABRIA de ser las directamente afectadas con las conductas que se imputaron al actor, y respecto de ADRIANA CUBURUCU YANCE, JESUS EDUARDO ANDRADE GONZALEZ y RODOLFO PINEDA OTALORA, por haber sido las personas que recibieron inicialmente las quejas o denuncias del comportamiento de actor frente a las trabajadoras inicialmente referidas. Al evaluar de manera conjunta las declaraciones de estas personas, a juicio de la Sala éstas constituyen prueba suficiente para entender acreditadas las conductas imputadas al actor.

Si bien el apoderado de la parte demandante aduce en el recurso que no existe prueba que acredite la ocurrencia de la totalidad de los hechos referidos en la carta de terminación del contrato y que además existen contradicciones entre lo manifestado en el estrado judicial por algunos de los testigos y lo dicho en las declaraciones que se surtieron durante la investigación realizada por la demandada, lo cierto es que como se analizó anteriormente, está acreditado con suficiencia que el actor incurrió en aquellas conductas, pues fueron las mismas personas que sufrieron el acoso las que lo refirieron al rendir testimonio, además de lo anterior, tampoco se observan las inconsistencias o contradicciones que

refiere el apoderado, pues las versiones dadas por los testigos aquí escuchados y que también dieron su declaración a OCCIDENTAL DE COLOMBIA en la investigación que adelantó (fls. 189, 190, 192, 193 y 194), no se tornan incongruentes o inconsistentes en sus afirmaciones y por el contrario corroboran que el demandante incurrió en conductas reprochables e indecorosas frente a LAURA MILENA MOROS DURAN y YULY KATHETRINE SANABRIA.

Ahora, aunque el apoderado refiere que no pudo establecerse dentro del proceso que el actor también hubiese incurrido en las conductas referidas respecto de la aprendiz del SENA, KELLY GARCIA, lo cierto es que aun cuando esta persona no fue citada al proceso, si entregó su versión de lo sucedido a la demandada dentro de la entrevista realizada el 3 de diciembre de 2014 (fl. 191), de allí se establece claramente que el actor incurrió en conductas inadecuadas frente a esta persona, lo que se corrobora con el testimonio de ADRIANA CUBURUCO YANCE, quien en la diligencia de testimonio manifestó que esta persona se había quejado con ella sobre el comportamiento que tenía el demandante. En gracia de discusión es pertinente recordar al apoderado del actor, que al empleador le basta con probar la ocurrencia de una sola de las conductas que constituyen justa causa, no resulta necesaria la prueba de que la totalidad de los hechos que se le imputan ocurrieron.

ii) Sobre lo segundo, es decir si tales hechos constituyen o no faltas a las obligaciones o prohibiciones del trabajador, la Sala dirá que sí, pues el Código de Conducta en los Negocios de la demandada (fls. 342 a 355), que el actor en diligencia de interrogatorio de parte aceptó conocer y saber de las prohibiciones allí definidas (CD. 2 min. 19:47), establece de manera clara:

“Acoso en el Lugar de Trabajo. El acoso prohibido en el lugar de trabajo comprende cualquier conducta inoportuna o indeseable, basada en

raza, color, religión, etnia, género, nacionalidad, discapacidad, edad, orientación sexual, estado de veterano militar, o cualquier estatus legalmente protegido, que se realice como término o condición explícita o implícita del empleo de un individuo, o que interfiera de manera irrazonable con la ejecución del trabajo, o cree un ambiente de trabajo intimidante, hostil u ofensivo. Ningún supervisor, gerente, ejecutivo u otro Empleado o Director o agente de la Compañía tiene autorización para someter a un empleado a una conducta prohibida por la política OPC N° 83:80:00, Oportunidad Equitativa de Empleo (EEO por sus siglas en inglés).

Ejemplos de conducta prohibida incluyen acercamientos sexuales indeseados, ofrecimiento de beneficios de empleo a cambio de favores sexuales, o realización o amenaza con represalias luego de recibir una respuesta negativa a los acercamientos sexuales o a una conducta discriminatoria. Los tipos de conducta visual que pueden prohibirse incluyen: miradas lascivas; realizar gestos sexuales; Exhibir fotos, objetos, dibujos, o afiches que son sexualmente sugestivos o están en detrimento con respecto a raza, religión género, nacionalidad, o cualquier otro estatus protegido; comentarios gráficos sobre el cuerpo de un individuo; usar palabras que son degradantes debido a su preferencia sexual u otro estatus protegido; o cartas, notas o invitaciones sexuales sugestivas u obscenas. Adicionalmente, también están prohibidos movimientos no deseados al tocar, impedir o bloquear el paso, u otra conducta física que sea de naturaleza sexual o debido al estatus protegido de una persona” (fl. 368).

De dicho texto se deduce que constituye una falta a las prohibiciones del trabajador incurrir en este tipo de conductas que constituyan acoso sexual, además de ello el artículo 69 del Reglamento Interno de Trabajo establece en su numeral 4° como obligación del trabajador la de “guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros” (fl. 334), a juicio de la Sala de la lectura de estas disposiciones resulta claro que constituye una falta del trabajador incurrir en conductas indecorosas frente a sus compañeros de trabajo, como aquellas que desplegó el actor frente a algunas de sus compañeras de trabajo. Así las cosas, puede concluirse que ALBERTO GALINDO CARDENAS

sabía que las conductas en que incurrió constituían una falta a sus obligaciones o prohibiciones legales, contractuales o reglamentarias.

iii) Sobre el tercer aspecto, es decir si la falta a las prohibiciones u obligaciones es grave o no, la Sala también responderá afirmativamente, pues las pruebas acreditan que mediante Acuerdo suscrito entre el actor y la demandada el 25 de febrero de 1998, se pactó una adición al contrato de trabajo en el sentido de calificar como falta grave cualquier incumplimiento al Código de Conducta de Negocios Corporativos, documento que aparece suscrito por el actor y que no fue objeto de tacha o desconocimiento alguno durante el curso del proceso (fl. 175).

Además de lo anterior y si ello no fuera así, a juicio de la Sala las conductas en que incurrió el actor, revisten la gravedad suficiente, pues desde ningún punto de vista puede resultar aceptable o siquiera justificable o entendible el hecho de realizar actos que atentan contra la dignidad de la mujer, el lugar de trabajo no puede servir como escenario para la comisión de dichas faltas, ni mucho menos para facilitar este tipo de conductas. Las relaciones de trabajo deben estar enmarcadas por el respeto, la compostura y profesionalismo, cualquier empleado independientemente de la calidad o cargo que ostente, puede llegar a pensar si quiera que resulta aceptable o poco reprochable este tipo de acciones.

Sobre el particular conviene traer a colación el completo y detallado estudio realizado sobre este tema por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL648-2018, en dicha providencia esa Alta Corporación precisó que la protección de la mujer en el ámbito laboral no es un tema alejado o desligado de nuestro ordenamiento jurídico, ni de los mecanismos internacionales que regulan la materia, pues éstos promueven la

protección de los derechos de la población femenina y su aplicación desde una perspectiva de género.

Al efecto, la Corte refiere que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 217 del 10 de diciembre de 1948 en París, se estableció la prohibición de la discriminación por razones de género, principio que hace parte de los derechos de los trabajadores. Señaló además, que la OIT mediante el convenio N° 111 de 1958 que trata sobre la discriminación, protege a todos los trabajadores de la discriminación por razones de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional, origen social y otros criterios especificados por los estados ratificantes, y continua su desarrollo del tema, señalando que este pensamiento proteccionista que promueve el desarrollo de las mujeres en el mundo laboral fue incluido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, acogidos el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de Naciones Unidas. Dijo además que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer firmada en 1979 hace un claro llamado a la erradicación de esta forma de discriminación.

En punto al tema específico del acoso sexual, la Corte trae a colación la definición de la OIT, órgano que lo señala como aquel *“comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre. Para que se trate de acoso sexual es necesaria la confluencia de ambos aspectos negativos: no deseado y ofensivo”*. Concluye esa alta Corporación su estudio definiendo que el acoso sexual en el ámbito laboral constituye uno de los problemas de discriminación de género y es una forma específica de violencia contra la mujer que resulta intolerable.

Así las cosas y de acuerdo a todo lo expuesto, no cabe duda

para la Sala que el comportamiento del actor frente a sus compañeras de trabajo, reviste la gravedad suficiente como para dar esta connotación a la falta que cometió y en consecuencia para que la demandada decidiera terminar su contrato amparado en la justa causa que se estudió, por ello se confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones relacionadas con la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa.

- Sobre el reajuste de los aportes a pensión

Reclama la parte demandante que se realice el reajuste correspondiente de los aportes a pensión, teniendo en cuenta que el actor devengaba un salario integral y sus cotizaciones fueron efectuadas sobre el 66% y no sobre el 70% del salario. Pidió además en el recurso que se inaplique el tope de cotizaciones correspondiente a 25 SMLMV, dispuesto en el artículo 5° de la Ley 797 de 2003 y se ordene el reajuste de la cotización sin aplicar este límite.

Para resolver este aspecto de la controversia, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 dispone que: *“Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen”*. Por su parte, y al punto del salario integral el inciso 5° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 define que: *“Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario”*.

Sobre este punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, definió en sentencia SL 1666-2018 que el pago

de los aportes a pensión de los trabajadores que acuerdan un salario integral, debe realizarse sobre los salarios efectivamente recibidos por el trabajador, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993.

Al efecto conviene precisar que no es objeto de la controversia en este proceso que ALBERTO GALINDO CARDENAS y la demandada suscribieron un acuerdo mediante el cual el actor se acoge a la modalidad de salario integral a partir del 1° de julio de 1993 (fl. 164).

Teniendo en cuenta el anterior fundamento normativo y jurisprudencial y una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, encuentra la Sala a folios 377 a 383 el valor de los salarios recibidos por el trabajador mes a mes y de folios 32 a 39 se encuentra la historia laboral del demandante, en la cual se observa el valor del salario base de cotización mes a mes desde enero de 1995, razón por la cual la Sala efectuara el estudio pertinente solo desde esta fecha, en cuanto no hay prueba del salario base cotización mes a mes de los aportes realizados con anterioridad a esta data y hasta diciembre de 2002, dado que en enero de 2003, la Ley 797 de 2003 fijó el límite de 25 SMLMV.

COMPARACION 70% DEL SALARIO Y SALARIO BASE
COTIZACION DE APORTES

| AÑO | MES | VALOR SALARIO INTEGRAL | 30% FACTOR PRESTACIONAL | SALARIO BASE | SALARIO COTIZACION |
|------|----------------------------|------------------------|-------------------------|--------------|--------------------|
| 1995 | SALARIO NO VARIO EN EL AÑO | \$ 2.012.100 | \$ 603.630 | \$1.408.470 | \$ 1.750.592 |
| 1996 | ENERO | \$ 2.259.200 | \$ 677.760 | \$1.581.440 | \$ 1.581.422 |
| | FEBRERO | \$ 2.519.010 | \$ 755.703 | \$1.763.307 | \$ 1.945.174 |
| | MARZO | \$ 2.891.776 | \$ 867.533 | \$2.024.243 | \$ 2.182.378 |
| | ABRIL | \$ 2.891.776 | \$ 867.533 | \$2.024.243 | \$ 2.024.242 |
| | MAYO | \$ 3.238.788 | \$ 971.636 | \$2.267.152 | \$ 2.267.151 |

| | | | | | |
|------|---------------------|------------------|--------------|-------------|---|
| | JUNIO | \$ 2.914.909 | \$ 874.473 | \$2.040.436 | \$ 2.267.151 |
| | JULIO | \$ 2.051.232 | \$ 615.370 | \$1.435.862 | \$ 2.267.151 |
| | AGOSTO A DICIEMBRE | \$ 3.238.788 | \$ 971.636 | \$2.267.152 | \$ 2.267.151 |
| 1997 | ENERO | \$ 3.238.788 | \$ 971.636 | \$2.267.152 | \$ 2.267.151 |
| | FEBRERO A MAYO | \$ 3.980.500 | \$ 1.94.150 | \$2.786.350 | \$ 3.440.100 |
| | JUNIO | \$ 3.449.767 | \$ 1.034.930 | \$2.414.837 | \$ 2.786.350 |
| | JULIO | \$ 2.653.667 | \$ 796.100 | \$1.857.567 | \$ 2.786.350 |
| | AGOSTO A DICIEMBRE | \$ 3.980.500 | \$ 1.194.150 | \$2.786.350 | \$ 2.786.350 |
| 1998 | ENERO | \$ 3.980.500 | \$ 1.194.150 | \$2.786.350 | \$ 2.786.350 |
| | FEBRERO | salario ilegible | | | \$ 4.076.520 |
| | MARZO | \$ 4.816.400 | \$ 1.444.920 | \$3.371.480 | \$ 3.371.480 |
| | ABRIL | salario ilegible | | | \$ 3.371.000 |
| | MAYO | \$ 8.091.558 | \$ 2.427.467 | \$5.664.091 | \$ 3.540.000 |
| | JUNIO | vacaciones | | | \$ 3.540.000 |
| | JULIO | ilegible | | | \$ 3.540.000 |
| | AGOSTO A NOVIEMBRE | \$ 5.057.224 | \$ 1.517.167 | \$3.540.057 | \$ 3.540.000 |
| | DICIEMBRE | \$ 3.371.483 | \$ 1.011.445 | \$2.360.038 | \$ 3.877.000 |
| 1999 | ENERO | \$ 4.382.927 | \$ 1.314.878 | \$3.068.049 | \$ 3.540.000 |
| | FEBRERO | \$ 5.057.224 | \$ 1.517.167 | \$3.540.057 | \$ 3.540.000 |
| | MARZO A MAYO | \$ 5.514.100 | \$ 1.654.230 | \$3.859.870 | \$4.499.000 / \$3.860.000 / \$3.860.000 |
| | JUNIO | \$ 5.790.600 | \$ 1.737.180 | \$4.053.420 | \$ 4.441.000 |
| | JULIO A DICIEMBRE | \$ 6.067.100 | \$ 1.820.130 | \$4.246.970 | \$ 4.247.000 |
| 2000 | ENERO | \$ 6.067.100 | \$ 1.820.130 | \$4.246.970 | \$ 4.247.000 |
| | FEBRERO | \$ 6.582.850 | \$ 1.974.855 | \$4.607.995 | \$ 5.202.000 |
| | MARZO | \$ 10.174.660 | \$ 3.052.398 | \$7.122.262 | \$ 4.969.000 |
| | ABRIL | vacaciones | | | \$ 4.969.000 |
| | MAYO A NOVIEMBRE | \$ 7.098.600 | \$ 2.129.580 | \$4.969.020 | \$ 4.969.000 |
| | DICIEMBRE | \$ 7.808.500 | \$ 2.342.550 | \$5.465.950 | \$ 5.202.000 |
| 2001 | ENERO | \$ 7.808.500 | \$ 2.342.550 | \$5.465.950 | \$ 5.466.000 |
| | FEBRERO | \$ 8.265.750 | \$ 2.479.725 | \$5.786.025 | \$ 5.720.000 |
| | MARZO A MAYO | \$ 8.723.000 | \$ 2.616.900 | \$6.106.100 | \$ 5.720.000 |
| | JUNIO | \$ 5.815.333 | \$ 1.744.600 | \$4.070.733 | \$ 5.720.000 |
| | JULIO | \$ 4.943.033 | \$ 1.482.910 | \$3.460.123 | \$ 5.720.000 |
| | AGOSTO A SEPTIEMBRE | \$ 8.723.000 | \$ 2.616.900 | \$6.106.100 | \$ 5.720.000 |
| | OCTUBRE A DICIEMBRE | \$ 9.246.400 | \$ 2.773.920 | \$6.472.480 | \$ 5.720.000 |
| 2002 | ENERO | \$ 9.246.400 | \$ 2.773.920 | \$6.472.480 | \$ 6.180.000 |
| | FEBRERO | \$ 9.739.700 | \$ 2.921.910 | \$6.817.790 | \$ 6.180.000 |

| | | | | | |
|--|----------------------|---------------|--------------|-------------|--------------|
| | MARZO A NOVIEMBRE | \$ 10.233.000 | \$ 3.069.900 | \$7.163.100 | \$ 6.180.000 |
| | DICIEMBRE | \$ 7.504.200 | \$ 2.251.260 | \$5.252.940 | \$ 6.180.000 |

Hechas las anteriores precisiones, concluye la Sala del análisis realizado en el cuadro precedente, que durante el lapso de la relación laboral que se estudia, la demandada cumplió con la obligación de realizar los aportes a pensión sobre el 70% del valor del salario en la mayoría del tiempo e incluso en un porcentaje superior en algunos periodos. Únicamente respecto de aquellos meses que se encuentran señalados en negrita, la cotización a pensión se realizó sobre un porcentaje inferior al 70% del salario.

Ahora bien, sobre este punto específico considera la Sala que el ajuste reclamado, de todas formas no procede en el caso que nos ocupa, pues este tema debe ser analizado en armonía con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral segundo y el numeral tercero del artículo 132 del CST, normas que definen sobre el salario integral y el monto de las cotizaciones que: *“En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos. 3. Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%)”*.

Del estudio de estas disposiciones y del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, se concluye que tratándose de las cotizaciones a pensión, el salario base para realizarlas corresponde únicamente a aquello que constituye salario, es decir, que en casos en que un trabajador se acoge a la modalidad de salario integral, debe descontarse del salario base el porcentaje que las partes pacten

como factor prestacional, siempre que éste se encuentre dentro del mínimo previsto en la norma que corresponde al 30%.

En el caso bajo estudio, se advierte del acuerdo suscrito entre las partes (fl. 165), que éstos definieron un 34% como factor prestacional, luego en el caso del demandante, las cotizaciones a pensión debían efectuarse sobre la base del 66% que es en realidad lo único que constituye o se considera salario, por esta razón, a juicio de la Sala no es procedente ordenar el reajuste del 70% que se pide en la demanda, en cuanto no es dable entender que aun cuando la norma de manera general establece que el aportes debe realizarse sobre esta base, exista la obligación de realizar cotizaciones sobre valores o porcentajes que no define la Ley como salario. Si bien en algunos de los períodos persiste una leve diferencia en el salario base de cotización, estima la Sala que no hay lugar a ordenar reajuste alguno en cuanto varios de los periodos se realizaron cotizaciones en porcentajes superiores al que correspondía, por lo que cualquier pequeña diferencia que se haya causado se encuentra cubierta con los periodos en que se realizaron cotizaciones en montos superiores al que correspondía. Adicionalmente y en virtud de la excepción de compensación propuesta por la demandada (fls. 153 y 154), dichos valores se entenderían compensados con los pagos adicionales y por ello tampoco habría lugar a ordenar dicho reajuste.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia,
por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO DE HECTOR EFRAIN SOLORZANO
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES.**

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

AUTO

De las presentes diligencias se advierte que mediante auto de la fecha el Dr. HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA manifestó a la Sala estar incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 2° del artículo 141 CGP, revisado el expediente se verifica que en efecto el citado Magistrado tramitó varias etapas del proceso durante el periodo que ejerció como Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., razón por la cual se encuentra fundado el impedimento manifestado y por ello se acepta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

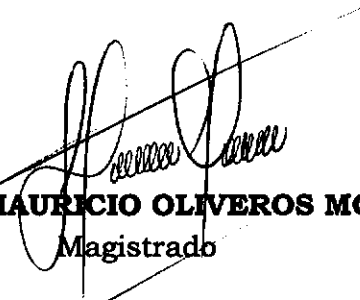
Magistrado

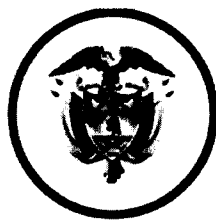
REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2018 00253 01
DEMANDANTE: HECTOR EFRAÍN SOLORZANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2.021).

De conformidad con lo establecido en el inciso 4° del art. 140 del C.G.P., me permito poner en conocimiento de Sala, particularmente del Magistrado que sigue en turno Dr. Hugo Alexander Rios Garay, que me encuentro impedido para conocer del proceso de la referencia, al amparo de la causal consagrada en el numeral 2° del art. 141 del C.G.P., por haber conocido del proceso en primera instancia en calidad de Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0133-2021
Radicado N° 22 2018 00253 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes, contra la sentencia proferida el dos (2) de junio de 2020, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

HECTOR EFRAIN SOLORZANO GALVIS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 30 de septiembre de 2008, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que solicitó al ISS hoy COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de invalidez, prestación que fue negada por la entidad mediante Resolución N° 007475 del 11 de marzo de 2005; que para negar la pensión la entidad adujo que no acreditó la condición de inválido; que el 25 de mayo de 2007, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá mediante dictamen definió una pérdida de capacidad laboral del 54.50% con fecha de estructuración del 11 de mayo de 2006; que el 13 de mayo de 2009, solicitó nuevamente el reconocimiento de la prestación, solicitud que fue resuelta de manera desfavorable porque según la entidad no cumplía con el requisito de 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez; que el 21 de diciembre de 2009, solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva; que mediante Resolución N° 027139 del 10 de septiembre de 2010, el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció indemnización sustitutiva en la suma de \$6.413.478. Aduce que cotizó sistema general de pensiones un total de 490 semanas y que cuenta con 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez; que de todas formas efectuó cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 2008, fecha en que perdió de manera real sus destrezas para seguir laborando; que el 22 de marzo de 2018, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión y la entidad no se ha pronunciado sobre su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la invalidez del actor, las solicitudes y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago

de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 46 a 64).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 2 de junio de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez al demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor HECTOR EFRAIN SOLORZANO identificado con la CC. N° 19.484.850 es beneficiario de la pensión de invalidez a partir del 1° de septiembre de 2008, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, en 13 mesadas pensionales, conforme la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, respecto de aquellas mesadas pensionales causadas con anterioridad al 4 de mayo de 2015. Las demás no se declaran probadas. **TERCERO: AUTORIZAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a descontar a HECTOR EFRAIN SOLORZANO identificado con la CC. N° 19.484.850, el valor entregado a título de indemnización sustitutiva debidamente indexado, conforme a la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO: AUTORIZAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a descontar la suma correspondiente de aportes para salud. **QUINTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante. **SEXTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. **SEPTIMO: En caso de no ser apelada CONSULTESE** la presente decisión con el superior inmediato, en los términos del artículo 69 del CPT y SS”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama el actor. Para resolverlo indicó que teniendo en la cuenta a fecha de estructuración de la invalidez la norma aplicable es la definida en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 860 de 2003. Consideró que aun cuando el actor no efectuó cotizaciones dentro de los 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez, lo cierto es que padece una enfermedad que tiene el carácter de degenerativa y por ello en aplicación de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia deben contarse las 50 semanas, desde la fecha en que el actor realizó la última cotización al sistema y por ende perdió de manera efectiva su capacidad para laborar. Concluyó que siguiendo este criterio el actor cumple con los requisitos definidos en la norma para causar el derecho a la pensión de invalidez que reclama y por ello ordenó su pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque parcialmente la sentencia y se condenan los intereses moratorios reclamados en la demanda. Para sustentar el recurso aduce que es reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia y por ello la entidad tenía la obligación de reconocer la prestación por invalidez desde el momento en que el actor efectuó la última cotización¹.

¹ "Gracias señora Juez en este estado de la diligencia me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que acaba de dictar su despacho para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá la revoque parcialmente y en su lugar ordene el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del 30 de septiembre de 2008 y hasta que se verifique su pago teniendo en cuenta la demora injustificada en el reconocimiento de la pensión de invalidez. Como ya quedo demostrado en este proceso mi poderdante tiene derecho a que se le reconozca la pensión desde el 30 de septiembre del año 2008 por las mismas consideraciones esbozadas por el juez de primera instancia, sin embargo como quiera que ya la jurisprudencia respecto del tema de la pensión de invalidez en casos como el que nos ocupa en este momento y reiterada por la Corte Suprema de Justicia la demandada estaba en la obligación de reconocer y pagar la pensión de invalidez a mi poderdante quien la solicitó en varias ocasiones, en atención a esto solicito que el Tribunal Superior de Bogotá acceda a esta pretensión y ordene el

Por su parte la apoderada de la demandada COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el actor no cumple los requisitos definidos en la Ley 860 de 2003 para causar el derecho a la pensión de invalidez que reclama, que tampoco cumple con las condiciones para reconocer la prestación en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y que de todas formas el reconocimiento de la pensión es incompatible con la indemnización sustitutiva reconocida al actor previamente. Pide además que se revoque la condena al pago de costas en cuanto los recursos de la entidad corresponden al sistema de seguridad social y no puede dársele una destinación diferente a estos valores.²

reconocimiento y pago de los intereses moratorios en adición de la sentencia. Muchas gracias"

² "Gracias señora juez me permito presentar recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral y solicito se tenga en cuenta que la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES en todo momento siempre ha actuado dentro de los parámetros legales y especialmente la normatividad vigente frente al caso, tenga en cuenta lo argumentado en los alegatos de conclusión que en este caso quiero replantear que la pensión fue negada al demandante la pensión de invalidez teniendo en cuenta, pues en este caso la fecha de estructuración que aun así la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó una PCL del 54% y con una fecha de estructuración del 11 de mayo mediante dictamen 484850 del 25 de mayo del 2007 el demandante no cumplió con los requisitos con los cuales COLPENSIONES en sus diversos resoluciones ha advertido son los requisitos del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 en la cual se modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en la que se está estableciendo que tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que se declare invalido y acredite las siguientes condiciones, que son la invalidez causada por enfermedad o accidente, que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente a la fecha de estructuración, esto es del 11 de mayo de 2003 al 11 de mayo de 2006, no contaba con las 50 semanas efectivamente cotizadas a COLPENSIONES de acuerdo a la historia laboral que se aporta dentro del expediente, por lo cual no tendría derecho al reconocimiento del mismo, en caso de que el honorable TSB entre a estudiar la condición más beneficiosa respecto del reconocimiento de la pensión de invalidez se tenga en cuenta que se deben cumplir ciertos requisitos, esto es en primer lugar se deberá registrar el peticionario un mínimo de 26 semanas de aportes en el último año, el artículo 1° de la ley 860 de 2003 comenzó a regir a partir del 29 de diciembre de 2003, teniendo en cuenta los eventos en que el afiliado deja de cotizar al sistema tiene que acreditar 26 semanas cotizadas dentro del año anterior a la fecha en que se produzca el estado de invalidez y si se determina que el asegurado al momento de producirse la estructuración se encontraba cotizando al régimen y demostró 26 semanas de aportes en el último año a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, dicha verificación permitiría concluir automáticamente que cumpliría con la condición más beneficiosa de las 26 semanas en cualquier tiempo que exige la ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta que el afiliado no cumple con las 26 semanas de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, es decir, antes del 11 de mayo de 2006 no se podrían tampoco dar aplicación a la condición más beneficiosa, se tenga en cuenta igualmente señora juez y reitero que al demandante le fue reconocida una indemnización sustitutiva anteriormente mediante la Resolución N° 27139 del 10 de septiembre de 2010 en cuantía de \$6.413.438, por lo cual reitero esta sería incompatible con el reconocimiento de la pensión de invalidez.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso. Por su parte el apoderado del demandante solicitó en sus alegatos que se confirme la decisión de primera instancia por estar acreditado que el actor cumple las condiciones definidas por la jurisprudencia para acceder al derecho que reclama.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación y las que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante causó el derecho a la pensión de invalidez que reclama,

Igualmente solicito señora juez se tenga en cuenta que no procede el pago de un retroactivo pensional, pues la entidad que represento no estaría debiendo ninguna suma adicional al demandante ya que no estaría cumpliendo con los requisitos mínimos para el reconocimiento de una pensión de invalidez, de acuerdo a las resoluciones y a lo expuesto por COLPENSIONES, igualmente solicito se revoque la condena en costas a la entidad que represento por la suma de un millón de pesos, toda vez que teniendo en cuenta el artículo 48 de la Constitución en la que se estipula que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestara bajo la dirección y control del estado en sujeción de los principios eficiencia, universalidad en los términos que establezca la ley y se ha de garantizar a todos los habitantes del derecho irrenunciable a la seguridad social por lo cual es el estado con la participación de los particulares, quien ampliara la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley, por lo cual los recursos no se podrán destinar o utilizar los recursos de la institución de la seguridad social para fines diferentes a ellos, como es en este caso Interpongo recurso de apelación y solicito de los honorables Magistrados que revoquen la sentencia dictada en primera instancia, toda vez que no se ha tenido en cuenta el argumento por parte de que el señor ARTURO SANCHEZ aunque cuenta con un servicio de más de 20 años a la Caja Agraria y que acreditó más de 24 años en total al 31 de julio de 2010, no cumplía con la edad, es decir, 55 años, de lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, por ende no podría ser reconocida la pensión de jubilación convencional de que trata el artículo 41 de dicha convención, también solicito a los honorables magistrados que revisen la condena en costas en contra de la entidad para generar una absolución de todo lo contemplado en contra de la entidad"

y si el reconocimiento de la indemnización sustitutiva torna improcedente el reconocimiento de la pensión. En dado caso, definir la procedencia de los intereses moratorios y la condena en costas impuesta en primera instancia.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el demandante nació el 28 de mayo de 1961 (fl. 3); *ii)* que mediante dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 25 de mayo de 2007, se determinó que el actor tiene una pérdida de capacidad laboral del 54.50% con fecha de estructuración del 11 de mayo de 2006 (fls. 18 a 21); *iii)* que durante su vida laboral el actor realizó cotizaciones a COLPENSIONES por un total de 644.14 semanas y la última de ellas la realizó el 31 de agosto de 2008 (Cd. 2 expediente administrativo); *iv)* que mediante Resolución N° 027139 del 10 de septiembre de 2010, el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció al demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez en cuantía de \$6.413.478 (fls. 15 y 16); *v)* que mediante Resolución SUB 127568 del 11 de mayo de 2018 la demandada COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al demandante (fls. 37 a 39).

- Incompatibilidad entre la Pensión de Vejez y la Indemnización Sustitutiva

Para resolver el primer aspecto de la controversia, el artículo 45 de la Ley 100 de 1993, definió la indemnización sustitutiva como la prestación económica que se reconoce a favor de aquellos afiliados al régimen de pensiones que al momento de invalidarse no han reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 1730 de 2001, determinó la incompatibilidad de este derecho con las pensiones de

invalidez y de vejez, y dispuso que *“las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto.”*

De las normas anteriores, deduce la Sala, que la incompatibilidad definida por el legislador se traduce en la imposibilidad, del trabajador afiliado, de recibir simultáneamente dos prestaciones que tienen por finalidad amparar la misma contingencia, en este caso, la de invalidez.

Así las cosas, si el ordenamiento jurídico prevé dos mecanismos de amparo diferentes, uno principal que se entiende como el derecho pensional que opera inexorablemente cuando se verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma aplicable, y uno subsidiario, que procede cuando el afiliado no cumple los requisitos legales, llamado indemnización sustitutiva, debe entenderse que quien tenía derecho a la pensión de invalidez no puede afectarlo, pues la indemnización que tiene el carácter subsidiario no se habría causado, dicha indemnización no puede desplazar el derecho pensional que tiene el carácter de irrenunciable. Por ello, lo que procedería en esta eventualidad es imputar el valor de la indemnización sustitutiva recibida por el afiliado, como un pago anticipado de mesadas pensionales.

- Pensión de Invalidez

Para resolver este aspecto de la controversia que plantea el caso bajo estudio, la Sala aplicará el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3275-2019, que se encuentra en armonía con lo definido por la Corte Constitucional, entre otras en las sentencias de tutela T-163 de 2011 y SU 588 de 2016. Dijo la Corte Suprema sobre el asunto que nos ocupa que: *“en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico,*

degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos". Y más adelante en la misma providencia, haciendo referencia al criterio expuesto por la Corte Constitucional dijo que: *"en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario".*

Acogiendo el lineamiento expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia referida, la Sala encuentra probado que el demandante padece una enfermedad degenerativa con estructuración del 11 de mayo de 2006 (fl. 20), padece de artrosis secundaria múltiple, según lo demuestra la copia dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca de folio 18. Por ello aunque la estructuración de su estado de invalidez con el 54.50% de pérdida de capacidad laboral la definió dicho ente a partir del 11 de mayo de 2006, se deben contabilizar para reconocer la prestación todas las cotizaciones que hizo al Sistema de manera interrumpida entre junio de 1989 y agosto de 2008 (Cd. 2 expediente administrativo).

Así las cosas y dado que dentro de los tres últimos años anteriores a su retiro de la vida laboral (30 de agosto de 2008) cotizó

más de 50 semanas (las pruebas acreditan cotizaciones por 50.29 semanas) tiene derecho a la pensión que reclama, bajo el lineamiento de la norma aplicable, la Ley 860 de 2003, según la cual se causa para los afiliados *“que hayan cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la invalidez”*. Como las cotizaciones se hicieron con base en el salario mínimo o sumas levemente superior a éste, procede el pago de la pensión en este valor, lo que impone confirmar la sentencia de primera instancia que reconoció la pensión de invalidez al actor.

Ahora bien, para definir lo pertinente a la fecha a partir de la cual procede el pago de la prestación, precisa la Sala que siendo consecuente con el criterio aquí expuesto, el pago de la pensión de invalidez procede a partir de la fecha en que el actor realizó su última cotización al Sistema de Pensiones, pues este último aporte, en casos como el que se estudia, refleja o define el momento en que el afiliado perdió definitivamente la capacidad residual para laborar.

En consecuencia de lo anterior y dado que el reconocimiento de la prestación procede a partir del momento en que se efectuó la última cotización al sistema, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el pago de la pensión a partir de esta fecha, esto es, 1° de septiembre de 2008.

También se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 4 de mayo de 2018, es decir 3 años antes de la presentación de la demanda (fl. 33). Como la parte demandante no manifestó oposición sobre este aspecto la Sala no analizará si existe alguna reclamación anterior que tenga la facultad de haber interrumpido el término prescriptivo.

Además de lo anterior y dado que la juez de primera instancia también autorizó a la entidad demandada para descontar del valor del retroactivo pensional la suma de \$6.413.478, reconocida al actor por concepto de indemnización sustitutiva (fl. 16) y a realizar los descuentos de los aportes a salud, se confirmará también en este aspecto la decisión, en cuanto es procedente la realización de estos descuentos, pues el primero de ellos corresponde a una suma ya recibida por el actor y que cubre el riesgo de invalidez y la segunda corresponde a una obligación legal que tiene la entidad de realizar los descuentos respectivos para cubrir el valor de las cotizaciones a salud.

- **Intereses Moratorios**

Para resolver este aspecto de la controversia que plantea la parte demandante en el recurso, la Sala se remite al criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, los intereses moratorios no son procedentes en casos en que el reconocimiento del derecho pensional se define con fundamento en un cambio jurisprudencial (sentencia SL1947-2020 y SL1718-2021).

Como en el caso bajo estudio el reconocimiento de la pensión de invalidez que se reclama se definió teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial planteado por nuestro órgano de cierre sobre la materia, se confirmará la decisión de primera instancia que negó el reconocimiento de este estipendio.

Finalmente y para resolver el argumento de apelación que plantea la demandada COLPENSIONES, referido a que es improcedente la condena en costas impuesta en primera instancia, dado que la entidad administra dineros de la Seguridad Social y a éstos no se les puede dar una destinación diferente, la Sala precisa que el artículo 365 del CGP dispone la condena en costas a cargo de

la parte que resulta vencida en el proceso y al efecto no define excepción alguna relacionada con el tipo de recursos que administran entidades como la demandada, razón por la cual se confirmará también en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO DE FREDDY GERBERT RODRIGUEZ
VIGOYA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
- COLPENSIONES Y OTRO.**

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

AUTO

De las presentes diligencias se advierte que mediante auto de la fecha el Dr. HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA manifestó a la Sala estar incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 2° del artículo 141 CGP, revisado el expediente se verifica que en efecto el citado Magistrado tramitó varias etapas del proceso durante el periodo que ejerció como Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., razón por la cual se encuentra fundado el impedimento manifestado y por ello se acepta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

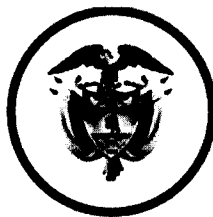
REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2018 00530 01
DEMANDANTE: FREDDY GERBERT RODRIGUEZ
VIGOYA
DEMANDADO: COLPENSIONES.

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2.021).

De conformidad con lo establecido en el inciso 4° del art. 140 del C.G.P., me permito poner en conocimiento de Sala, particularmente del Magistrado que sigue en turno Dr. Hugo Alexander Ríos Garay, que me encuentro impedido para conocer del proceso de la referencia, al amparo de la causal consagrada en el numeral 2° del art. 141 del C.G.P., por haber conocido del proceso en primera instancia en calidad de Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0138-2021

Radicado N° 22 2018 00530 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

FREDDY GERBERT RODRIGUEZ VIGOYA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la

nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 1° de junio de 1957, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 24 de marzo de 1981 y el 14 de febrero de 1990 y cotizó a dicha entidad un total de 457.14 semanas, que el 19 de julio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por PROTECCION, que al momento del traslado el Fondo demandado no le suministró con transparencia la información relacionada con las ventajas y desventajas, implicaciones y beneficios del traslado de régimen pensional, que solicitó a COLPENSIONES autorizar el respectivo traslado de régimen, entidad que resolvió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 33 a 46).

La AFP PROTECCION se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de traslado del RPM al RAIS y la afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido

de los recursos públicos del sistema general de pensiones, e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cunado se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 140 a 160).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por FREDDY GERBERT RODRIGUEZ VIGOYA CC. 3.347.526, al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, acaecido el 19 de julio de 1994, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. fondo al que se encuentra afiliado FREDDY GERBERT RODRIGUEZ VIGOYA CC. 3.347.526, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedo explicado en esta providencia. **TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: CONDENAR** en costas a PROTECCIÓN en la suma de 1 SMLMV. **QUINTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, consúltese a su favor ante el superior inmediato, en los términos del artículo 69 del CPT y SS”.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre

este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información al momento del traslado del demandante y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCION**, pide que se revoque de manera parcial la sentencia en cuanto condenó a la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que estos gastos constituyen un derecho de las AFP que está debidamente autorizado por la Ley 100 de 1993, que los rendimientos obtenidos por el actor obedecen a la labor de administración que realizó la entidad y no cobrar los gastos de administración pertinentes representaría un enriquecimiento sin causa para el actor.

COLPENSIONES solicita en el recurso que se revoque la decisión de primera instancia. Aduce que no es procedente el traslado ordenado en cuanto el demandante se encuentra incurso en la prohibición definida en la Ley 797 de 2003, que el actor debió solicitar su regreso al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, dice además que no es procedente dar aplicación al precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto la falta al deber de información no puede fundamentarse en la inconformidad del valor de la mesada pensional, pues para la fecha del traslado era imposible realizar una proyección de la misma, dice que la decisión emitida genera un desequilibrio al RPM, en cuanto los valores que se giren de parte del RAIS solo alcanzarán para cubrir la pensión por al menos 7 años, de ahí en adelante será con recursos públicos y de otros afiliados.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento del deber de información en los términos que exige la jurisprudencia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 1º de junio de 1957 (fl. 10); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 24 de marzo de 1981 y el 14 de febrero de 1990 (fl. 10); **iii)** que el 19

de julio de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN (fl. 169); *iv*) que el 17 de marzo de 2017 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fl. 8).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este

puntual aspecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor FREDDY GERBERT RODRIGUEZ VIGOYA se trasladó a AFP PROTECCIÓN el 19 de julio de 1994 (fl. 169), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 4 min. 10:53), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en Conavi, entidad que formaba parte del Grupo Antioqueño, que al crearse el Fondo de Pensiones Protección, asistieron asesores de dicho fondo a la entidad y en una reunión general de aproximadamente una hora les dijeron que el ISS se iba acabar y les dieron a conocer las ventajas de pertenecer a dicho fondo, que les comentaron que iban a tener un saldo en la cuenta y siempre iban a saber el valor de ese saldo.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN

en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PROTECCIÓN S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima

media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE


PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

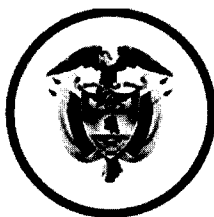
TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *atenciones de vob.*

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia

Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-00122-2021

Radicado N° 26-2019-00516-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado de la demandante del RPM al RAIS, condenó a la **COLFONDOS** a trasladar la totalidad de aportes sin descuento alguno a **COLPENSIONES**, a quien ordenó aceptar dicho traslado y contabilizar las semanas cotizadas, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR** (fl. 211 a 212, 49:22 cd fl. 210).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 12).**

LUÍS FRANCISCO ROCA HERNÁNDEZ solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, ordenar a **COLFONDOS** trasladar el dinero de su CAIP a **COLPENSIONES** y a ésta a reactivar

la afiliación del demandante sin solución de continuidad, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 20 de agosto de 1960, que se afilió el 03 de noviembre de 1988 al extinto ISS cotizando 411 semanas; que el 28 de noviembre de 1996 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no le suministró información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada, acumulando 1020 semanas cotizadas en el RAIS y que el 28 de noviembre de 1996 radicó derecho de petición solicitando la nulidad del traslado tanto a **COLPENSIONES** como a la AFP.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la edad del demandante, semanas cotizadas en el RPM y que solicitó la nulidad de su traslado. Indicó que el demandante esta válidamente afiliado al RAIS porque no acreditó ningún vicio del consentimiento, no puede alegar su propia culpa, no se le afectó su derecho al régimen de transición porque no era beneficiario de éste y su traslado implica desconocer la restricción por edad. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y las de oficio (fl. 117 a 121).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la edad del demandante y que solicitó la nulidad de su traslado. Indicó que la política comercial de la AFP es brindar la información necesaria para que el potencial afiliado tome una decisión acertada sobre su futuro pensional, tras lo cual el demandante firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación el 19 de junio de 2001. Solicitó que en el evento de condena no se impongan costas y agencias en derecho porque no formuló excepciones de mérito (fl. 148 a 152).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a la edad del accionante. Indicó que a través del asesor comercial proporcionó toda la información sobre el RAIS, en especial los requisitos para acceder a la pensión de vejez, las modalidades pensionales, el bono pensional y la posibilidad de pensionarse anticipadamente, tras lo cual el demandante adoptó la decisión libre e informada de pertenecer al RAIS a través de una afiliación que cumple todos los requisitos para ser válida. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin causa y la genérica (fl. 187 a 193).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 211 a 212, 49:22 cd fl. 210).

El 12 de noviembre de 2020, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de \$600.000. (...)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si procede declarar la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS, si hay lugar a devolver los aportes y si COLPENSIONES debe tener como válida la afiliación.

Para resolver indicó que la regla jurisprudencial de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido la ineficacia del traslado del régimen pensional si no se acredita que la AFP informó sus consecuencias porque la libertad informada es presupuesto de la decisión, libre, autónoma y consciente, carga de la prueba que debe demostrar la AFP y que no cumplió **PORVENIR**, ya que ni siquiera se allegó el formulario inicial de afiliación y el demandante, quien indicó no haber recibido una adecuada asesoría sobre las implicaciones del traslado, por lo cual condenó.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la decisión de declarar ineficaz el traslado del régimen, por cuanto se brindó asesoría previa a la afiliación del demandante en 1996, éste no tiene régimen de transición pensional y nunca realizó diligencias para retornar al RPM, sin que se acredite dolo de la AFP contra la libertad de selección de régimen pensional, a la vez que el demandante confirmó su voluntad de permanecer en el RAIS con los traslados entre AFP y los años de permanencia, no se demostró vicio del consentimiento y su traslado es contrario a la restricción por edad, sin que sea válido que se alegue una presunta falta de información porque el plan de pensión no resultó y sin que sea válido requerir aportar pruebas de una asesoría verbal y alegar el desconocimiento de la Ley a favor¹ (50:40 cd fl. 210).

¹ En este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida numeral 1 para que los honorables magistrados del Tribunal revoquen parcialmente la decisión impartida por los siguientes motivos: como se manifestó, el traslado de régimen del demandante fue realizado en 1996 a mi representada, de forma libre y voluntaria, en el cual se brindó información oportuna y completa, resaltando que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y que nunca hizo un trámite para retornar al RPM, sin tener en cuenta lo anterior, se declaró la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que la establece cuando se atenta o impide y esto supone un dolo, que como manifesté dentro de mis alegatos no fue probado ni demostrado en el proceso. Es de tener en cuenta, señoras magistrados, que efectivamente el demandante no firmó un solo formulario de afiliación en 1996 con mi representada, sino que también lo hizo en el año de 1999 con COLPATRIA y posteriormente firmó un nuevo formulario de afiliación con COLFONDOS, mi representada no allegó este formulario de apelación, sin embargo, en el interrogatorio de parte el demandante aceptó haber firmado dicho formulario de afiliación, no fue tachado de falso y tampoco estuvo inconforme con haber pertenecido durante más de 20 años al RAIS. Es cierto que efectivamente el demandante era mayor de edad, totalmente capaz, no existió ningún vicio del consentimiento y es importante resaltar que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, norma que fue sometida a análisis constitucional y conforme la sentencia C-1024 de 2004 fue declarada

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien manifestó que no es procedente acceder al traslado de régimen porque no se acreditó vicio del consentimiento ni ninguna otra causal de nulidad, la demandante recibió una adecuada asesoría por parte de las AFP, no procede invertir la carga de la prueba y acceder a las suplicas afecta el principio de sostenibilidad financiera; por su parte, el apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia, toda vez que no se acreditó causal de nulidad o ineficacia, la afiliación a la AFO fue conforme derecho, siempre se le garantizaron los derechos al afiliado y brindó información oportuna y completa, decidiendo este permanecer en el RAIS. Agotado el término de traslado, las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

exequible por aspectos de intereses general por encima del particular para evitar la descapitalización del RPM y con un principio de estabilidad financiera en el RAIS, por tanto, no es dable que actualmente el demandante se escude en una supuesta falta de información únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones. También es de tener en cuenta, señores magistrados, que además de las pruebas aportadas por mi representada no era posible probar más allá esa asesoría debido a que fue de manera verbal y únicamente el asesor que estuvo en el momento del traslado y el demandante conocen exactamente qué sucedió, el demandante por supuesto no va a indicar todas las características que se le brindaron al momento de la asesoría pero recordemos que dichas características están inmersas en la Ley 100 de 1993 y el desconocimiento de esta ley no exime de cualquier consecuencia que pueda tener, de esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación su señoría. Muchas gracias.

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i)* el demandante **LUÍS FRANCISCO ROCA HERNÁNDEZ** nació el 20 de agosto de 1960 (fl. 65); *ii)* el demandante estuvo afiliado al extinto ISS hoy COLPENSIONES del 03 de noviembre de 1988 al 30 de noviembre de 1996, cotizando 411,15 semanas (fl. 66 a 67, 126); *iii)* el demandante se trasladó del RPM a RAIS al suscribir formulario de afiliación a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 28 de noviembre de 1996, el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 1997 (fl. 190); *iv)* el demandante se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR** al suscribir formulario de afiliación el 22 de octubre de 1999 (fl. 195), el cual hizo efectivo el 1° de diciembre de 1999 (fl. 190); *v)* el demandante se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** al suscribir formulario de afiliación el 19 de enero de 2001, el cual se hizo efectivo el 1° de marzo de 2001 (fl. 153 y 154), AFP donde permanece vinculado.

- **Fundamentos normativos sobre el traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art

13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 ibídem, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Por su parte, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera “información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de

cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró ineficaz el traslado de la demandante del RPM al RAIS, condenó a la **COLFONDOS** a trasladar la totalidad de aportes sin descuento alguno a **COLPENSIONES**, a quien ordenó aceptar dicho traslado y contabilizar las semanas cotizadas, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR**.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional. Indicó que brindó asesoría previa a la afiliación, que el demandante no tiene régimen de transición, nunca solicitó retornar al RPM, no se demostró dolo de la AFP, se confirmó la voluntad de permanecer en el RAIS por los traslados entre AFP y los años de permanencia, no se demostró vicio del consentimiento, no es válido alegar falta información, no se pueden solicitar pruebas de una asesoría verbal ni alegar el desconocimiento de la Ley a favor.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales

como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, a la vez que la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 28 de noviembre de 1996, el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, el cual de todos modos no fue aportado, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP

del demandante y a considerar que dicha afiliación en el RAIS no generó efecto alguno.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, debidamente indexados y por el tiempo de vinculación del demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, conforme la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS FRANCISCO ROCA HERNANDEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 26 2019 00516 01

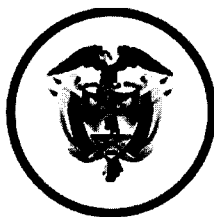
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0131-2021
Radicado N° 028-2019-00299-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandante **GRACIELA HERRERA GUEVARA** contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., la cual declaró probadas las excepciones y absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones en su contra y condenó en costas al demandante (fl. 60 a 62, 28:17 cd fl. 59).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 2 a 5, 41 a 42).**

GRACIELA HERRERA GUEVARA solicitó declarar que tiene derecho a continuar disfrutando la pensión de vejez, pago del retroactivo pensional indexado, indemnización por daño emergente, condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico indicó que el extinto ISS a través de la Resolución 003807 de 2010, le reconoció pensión de vejez, sin embargo, con la Resolución 7125 de 2011, se revocó el anterior acto administrativa por presunto fraude en el registro civil de nacimiento, sin considerar que su verdadero serial es 43439095 y no 58725896,

siendo que nació el 30 de noviembre de 1954 en Coello – Tolima, lo cual se ratificó en historia laboral expedida en 2013, sin que exista ningún proceso penal en su contra conforme certificado de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN del 05 de agosto de 2016.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 46 a 48).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó el reconocimiento de la pensión de vejez y su revocatoria. Indicó que mediante la Resolución 7125 de 2011. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 60 a 62, 28:17 cd fl. 59).

El 25 de agosto de 2020, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la demandada. TERCERO: las costas de esta instancia están a cargo de la parte demandante, señalándose como agencias en derecho la suma de \$100.000. CUARTO: en caso de no ser apelada la presente decisión se debe consultar con el Superior, por ser adversa a los intereses de la demandante. (...)”

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si a la demandante le asiste el derecho al pago de la pensión de vejez que le fue revocada en 2011, retroactivo pensional y demás pretensiones.

Para resolver indicó que mediante Resolución 003807 del 25 de junio de 2010, el ISS reconoció pensión de vejez a la demandante desde el 1° de julio de 2008, considerando 890 semanas cotizadas

conforme el Acuerdo 049 de 1990, sin embargo, con la Resolución 7125 del 24 de octubre de 2011, el ISS revocó la anterior decisión por inconsistencias en el indicativo serial del registro civil del nacimiento infiriendo falsedad en documento público, sin embargo, se acreditó que la demandante al 1° de abril de 1994 contaba con 39 años y 730,38 semanas y que al 25 de julio de 2005 contaba con 772,07 semanas, por lo cual la transición se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, logrando consolidar 890.43 semanas, de las cuales 376.73 fueron cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, de lo cual dedujo que no tiene los requisitos para el reconocimiento de la pensión ya sea con el Acuerdo 049 de 1990 o Ley 100 de 1993, por ende no accedió a las pretensiones y absolvió

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **GRACIELA HERRERA GUEVARA** indicó que la revisión del reconocimiento de la pensión de vejez se efectuó por la inconsistencia de los datos del registro civil de nacimiento, por tanto, no es procedente estudiar otras situaciones o requisitos como las semanas o edad, ya que ello no hizo parte de las pretensiones formuladas y, de ser el caso, la Entidad debía demandar su propio acto ante otra jurisdicción¹ (29:09 cd fl. 59).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del C.S.J., quien solicitó confirmar la sentencia ya que la demandante no cumple los requisitos para causar la pensión de vejez conforme el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Agotado el término de traslado, el apoderado de la **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

¹ Gracia señoría. Haciendo uso del traslado interpongo de forma respetuosa recurso de apelación, en tanto para este proceso no quedó claro el argumento de convivencia, a fin de que sea el Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá D.C. quien haga el estudio profundo sobre los requisitos que acreditan esta pensión de sobrevivientes. Muchas gracias su señoría.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante al disfrute de la pensión legal de vejez y que se declare sin efectos la Resolución 7125 del 24 de octubre de 2011, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **GRACIELA HERRERA GUEVARA** acredita un total de 890,43 semanas cotizadas (cd fl. 55); *ii)* el extinto ISS, hoy **COLPENSIONES**, mediante la Resolución 003807 del 25 de junio de 2010 reconoció pensión de vejez a la demandante conforme el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición pensional (fl. 22, cd fl. 55); *iii)* mediante Resolución 7125 del 24 de octubre de 2011, el ISS revocó la Resolución 003807 del 25 de junio de 2010 (fl. 23 a 24, cd fl. 55).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró probadas las excepciones y absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones en su contra y condenó en costas al demandante.

El apoderado de la demandante **GRACIELA HERRERA GUEVARA** interpuso recurso de apelación, en el cual indicó que la revisión del reconocimiento de la pensión de vejez se limitó a las presuntas inconsistencias del registro civil de nacimiento, siendo improcedente analizar otras situaciones o requisitos como la edad o semanas, por cuanto ello no hizo parte de las pretensiones y la Entidad debió demandar su propio acto ante otra jurisdicción.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que una revisión de la demanda permite concluir, de forma razonable, que en el presente asunto se sometió a discusión judicial la procedencia de declarar que la demandante cumple todos los requisitos para ser considerada beneficiaria de la pensión de vejez.

En efecto, en la parte inicial de la demanda se indica expresamente *"JULIO HEDILBERTO ORJUELA ROBAYO (...) me dirijo al señor Juez muy respetuosamente, con el fin de iniciar proceso ordinario laboral de primera instancia (...) para que mediante sentencia se declare que mi poderdante tiene derecho a que le restituyan su pensión (...) se realice la revisión de forma juiciosa de la carpeta del expediente en el cual se encuentran consignados todos y cada uno de los documentos que acreditan como beneficiario de la pensión de vejez, a que tiene derecho y que por negligencia comprobada se le ha revocado"* (fl. 2).

Así mismo, en el acápite de pretensiones indicó: *"(...) PRIMERA: (...) solicitó muy respetuosamente al señor Juez declare mediante sentencia, que le asiste el derecho a seguir disfrutando la pensión de vejez, reconocida a mi poderdante, en los términos de la resolución No. 3807 de junio de 2010 (...)"*.

En consecuencia, no le asiste razón al apoderado de la demandante en su reproche al *a quo* por no limitarse a verificar la inconsistencia del registro civil de nacimiento, por cuanto la revisión de los presupuestos para causar el derecho a la pensión de vejez fue solicitada desde un inicio en la demanda, a la vez que tal estudio fue incluido en la fijación del problema jurídico, por cuanto se indicó que el mismo corresponde a determinar si a la demandante le asiste derecho al pago de la pensión de vejez que fue revocada (11:49 cd fl. 59), fijación contra la cual el apoderado de la parte demandante no propuso recurso alguno.

Por las anteriores consideraciones, no encuentra la Sala procedente reprochar la decisión del *a quo*, quien si bien determinó que la demandante acreditó que su fecha de nacimiento fue el 30 de noviembre de 1954, también concluyó que a pesar de que la demandante accedió al régimen de transición por edad ya que al 1º de abril de 1994 contaba con 39 años y logró extender el mismo hasta el 31 de diciembre de 2014 conforme el Acto legislativo 1 de 2005 al tener más de 750 semanas cotizadas al momento de la expedición del mismo, no cumple los requisitos señalados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez bajo dicho régimen, por cuanto no acredita 1000 semanas cotizadas ni 500 semanas cotizadas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de sus 55 años (entre el 30 de noviembre de 1989 al 30 de noviembre de 2009), periodo para el cual solo cotizó 376,73 semanas.

Así las cosas, no le asiste derecho a la parte demandante al pago de la pensión que en su momento fue revocada, por cuanto a lo largo del proceso se logró acreditar que contrario a lo manifestado en la demanda no cumple todos los requisitos para causar dicho derecho, con lo cual se resolvió de fondo el problema jurídico planteado.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

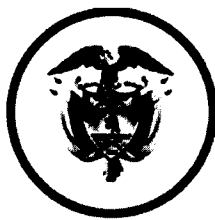
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0128-2021

Radicado N° 29 2019 00402 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada PROTECCIÓN y el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 16 de junio de 2020, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

HECTOR ANGEL ORJUELA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 9 de julio de 1956, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 9 de octubre de 1987 y el 31 de marzo de 2001 y cotizó a dicha entidad un total de 331.57 semanas, que cuando trabajaba al servicio del Hospital de Suba fue abordado por un asesor de PROTECCIÓN, que el 17 de febrero de 2001 se trasladó al RAIS administrado por PROTECCION, que al momento del traslado ninguno de los Fondos demandados le suministró con transparencia la información relacionada con las ventajas y desventajas, implicaciones y beneficios del traslado de régimen pensional, que el 26 de junio de 2019 solicitó a COLPENSIONES autorizar el respectivo traslado de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La AFP PROTECCION se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, la fecha de traslado del RPM al RAIS y la afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la causal de nulidad de la afiliación, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad o la ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción (fls. 79 a 86).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y la afiliación inicial a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y prescripción (fls. 89 a 93).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor HECTOR ANGEL ORJUELA identificado con la CC. N° 19.344.920, realizada por la demandada PROTECCIÓN S.A., el 1° de abril de 2001, por los motivos expuestos. En consecuencia DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: ORDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante HECTOR ANGEL ORJUELA, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **TERCERO:** ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir de PROTECCION S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, y actualizar la historia laboral. **CUARTO: SIN CONDENAS** en costas. **QUINTO: CONSULTAR** la presente sentencia en caso de no ser

apelada por la parte demandada COLPENSIONES en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.”.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información al momento del traslado del demandante y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PROTECCION**, pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que aunque la entidad no tiene documentada la información que brindó al actor al momento del traslado, si cumplió con esta obligación, dice que el demandante conocía cuál era su situación pensional para el momento del traslado y que la prestación en ese momento sería más favorable en el RAIS. Sobre los gastos de administración considera que este descuento no es pertinente en cuanto está debidamente autorizado por la Ley, que los rendimientos obtenidos por el actor obedecen a la labor de administración que realizó la entidad y no cobrar los gastos de administración pertinentes representaría un enriquecimiento si causa para el actor¹.

¹ “Gracias su señoría de manera respetuosa presento recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el día de hoy, me aparto de su decisión por dos aspectos fundamentales a saber, el primero, PROTECCIÓN si suministró asesoría al demandante, que no obre una constancia documental de la asesoría al momento del traslado y que no se haya suministrado esa asesoría, segundo, al momento del traslado del demandante y conforme a las tasas de reemplazo teniendo en cuenta que el señor ganaba para ese momento 1.4 salarios mínimos mensuales le convenía más el régimen de ahorro individual, tercero, PROTECCIÓN S.A. cumple con el deber de información y siempre le estableció que para el señor no lograba pensionarse, se lo demostró las cifras del despacho, aun así me da la razón y que inclusive para la fecha de presentación de la demanda le faltaban

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto el demandante se encuentra dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

El apoderado de la AFP PROTECCION solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

semanas para pensionarse y que pues en ese orden de ideas era más beneficioso el régimen de ahorro individual y ahora después de que el señor ha cotizado casi tres años más para poder obtener su pensión se le viene a endilgar a PROTECCIÓN una culpa que no tiene, al decisión de quedarse en PROTECCIÓN sabiendas de que a los 62 años no completaba las semanas de pensión fue del señor HECTOR ORJUELA y por lo tanto debe asumir las consecuencias de esa decisión. Su señoría honorables magistrados permitir de una persona que no cumplía los requisitos a los 62 años y permitirles ya esta fecha hacer el traslado de régimen a prima media constituye un abuso de los recursos públicos, porque, porque se está beneficiando la negligencia del señor Héctor Orjuela se está beneficiando que abuse y se beneficie de los recursos públicos, teniendo en cuenta que PROTECCIÓN le brindó la asesoría pertinente, por último, su señoría ordena el traslado de todos los dineros que obran en la cuenta de ahorro individual con sus frutos con sus rendimientos y ordena que no se pueda descontar dinero alguno por gastos de administración, ello va en contravía de la propia Ley 100 y su artículo 20 primigenio que estableció los costos que tendrían tanto el régimen de ahorro individual como el RPM por la gestión de los recursos de los afiliados, esta decisión, estos recursos fueron posteriormente convalidados con la Ley 797, en ese orden de ideas si PROTECCIÓN desplegó una debida gestión que generó frutos, que generó rendimientos y del dinero del señor Orjuela PROTECCION también incurre en una serie de gastos de carácter personal, nómina, administrativos y para poder hacer esa gestión entonces permitir que el señor Orjuela se beneficie de unos rendimientos sin pagar como lo estipula la ley por esos rendimientos constituye un enriquecimiento sin causa y por esta razón le solicito a los honorables magistrados se revoque la condena en este sentido, muchísimas gracias"

fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 9 de julio de 1956 (fl. 12); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 9 de octubre de 1987 al 31 de marzo de 2001 (Cd. Expediente administrativo); **iii)** que el 13 de febrero de 2001 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN (fl. 56); **iv)** que el 26 de junio de 2019 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 15).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma

ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Sobre este puntual aspecto la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor HECTOR ANGEL ORJUELA se trasladó a AFP PROTECCIÓN el 13 de febrero de 2001 (fl. 56), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

Sobre la controversia que nos ocupa debe precisar la Sala que la obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades

financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos de administración y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente asunto, no existe prueba suficiente que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a PROTECCION S.A. efectuada el 13 de febrero de 2001, el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario

de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró el cumplimiento diligente de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 3 min. 23:36), pues éste solo afirmó que estando en su lugar de trabajo había sido abordado por un asesor de PROTECCIÓN a quien le dio su número de identificación, que le entregaron un formulario debidamente diligenciado, que como no tenía mucho tiempo en ese momento porque su labor era la de guarda de seguridad, procedió a suscribir el documento, pero no recibió ningún tipo de información, que solo le dijeron que era para una mejora de su pensión porque el ISS se iba acabar. Por su parte, el representante legal de PROTECCIÓN (CD. 3 min. 12:21) tampoco manifestó nada relevante al efecto, pues solo dijo que los asesores de esta entidad se encuentran debidamente capacitados para brindar una asesoría completa y detallada a sus potenciales afiliados y que de igual forma al actor se le brindó una reasesoría donde se le informó las condiciones de su situación pensional.

MARIA DIVANIEL CAMACHO (Cd. 3 min. 42:38) manifestó que trabajaba con el actor en el Hospital de Suba, que el subdirector de la entidad les informó que iba asistir un asesor de una entidad de pensiones, que debían estar listos para que firmaran y no se demoraran en el proceso, dijo que no les habían dado ninguna explicación sobre la suscripción del documento y que el asesor quedo de volver para explicarles mejor la situación y no regresó.

De las anteriores afirmaciones nada relevante obtiene la Sala sobre el cumplimiento de la obligación por parte del Fondo demandado en cuanto solo realizan afirmaciones generales de lo acontecido el día de la diligencia del traslado, pero no se advierte nada concreto relacionado con que el actor hubiera recibido

información sobre el traslado de régimen en los términos definidos en la jurisprudencia.

Ahora bien, sobre la reasesoría recibida por el actor que obra en los documentos de folios 57 y 58, donde se refiere que PROTECCION informó al actor el día 11 de julio de 2008, que el valor de su mesada pensional en el RPM sería más favorable, lo cierto es que aun cuando dicho formulario aparece suscrito por el actor, tal reasesoría se realizó el día 11 de julio de 2008, fecha en la que al actor ya le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión en cuanto nació el 9 de julio de 1956 (fl. 12).

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, y en los términos referidos en precedencia, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PROTECCIÓN S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las

sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de la juez de primera instancia no resulta clara en ordenar la devolución de estos valores en la forma aquí referida se modificará en este aspecto la decisión de primera instancia para dictar la condena como corresponde, de todas formas, se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCION a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019), luego independientemente de las razones expuestas por el apoderado de la AFP PROTECCIÓN en el recurso interpuesto sobre este puntual aspecto, lo cierto es que el precedente jurisprudencial definido por la Corte en este sentido ha sentado de manera clara que la declaratoria de la ineficacia lleva implícita la devolución de estos valores.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia el cual queda de la siguiente manera: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *adhesión de voto.*


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HECTOR ANGEL ORJUELA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 029 2019 00402 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0127-2021

Radicado N° 32 2019 00317 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada el 24 de junio de 2020 por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JULIA ALBA ARISTIZABAL ARISTIZABAL y LAURA DANIELA DIVANTOQUE ARISTIZABAL, presentaron demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes por la muerte de su compañero y padre, **SALOMON DIVANTOQUE MARENTES**, a partir del 29 de junio de 2014, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentaron sus pretensiones, en que SALOMON DIVANTOQUE MARENTES nació el 3 de diciembre de 1963; que efectuó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES de manera interrumpida entre el 30 de abril de 1985 y el 31 de diciembre de 2012; que prestó servicios a la Policía Nacional como agente desde el 1° de octubre de 1988 hasta el 29 de junio de 1993; que falleció el 29 de junio de 2014; que JULIA ALBA convivió en unión marital de hecho con el causante desde el 2 de febrero de 1998 hasta el 29 de junio de 2014; que tenían una hija llamada LAURA DANIELA DIVANTOQUE ARISTIZABAL, quien a la fecha del fallecimiento del causante tenía 14 años de edad; que el 27 de junio de 2017, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; que mediante Resolución SUB 147278 del 2 de agosto de 2017, la entidad negó el reconocimiento de la prestación; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicha decisión, los cuales fueron resueltos de manera desfavorable mediante Resoluciones SUB 191079 del 11 de septiembre de 2017 y DIR 19001 del 27 de octubre de 2017.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se estructuraron los presupuestos para el reconocimiento del derecho, pues el causante no cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años anteriores al fallecimiento. Aceptó los hechos relacionados con las solicitudes presentadas y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de intereses moratorios, inexistencia del derecho reclamado y compensación (fls. 52 a 60).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá al que le correspondió tramitar la primera instancia mediante sentencia del 24 de junio de 2020, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de cobro de lo no debido, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho reclamado con consideraciones expuestas. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por las demandantes JULIA ÁLVAREZ ARISTIZABAL y LAURA DANIELA TRIBAL ARISTIZABAL. **TERCERO: CONDENAR** en costas a las demandantes y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000. **CUARTO: CONSULTA** en caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable a las demandantes, remítase al superior en grado jurisdiccional de consulta”.

El Juez definió el problema jurídico en establecer si se cumplen los requisitos necesarios para otorgar la pensión de sobrevivientes a favor de las demandantes. Para resolverlo estimó que el causante no cumple los requisitos definidos en la Ley 797 de 2003 para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes, que tampoco es procedente hacer aproximaciones en cuanto al número mínimo de semanas exigidos por la ley.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque la sentencia y se reconozca el derecho reclamado. Para sustentar el recurso aduce que en aplicación del principio de favorabilidad y solidaridad es posible aproximar a 50 el número de semanas cotizadas por el causante

dentro de los tres años anteriores al fallecimiento para entender acreditado el requisito¹.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto el causante no cotizó el número de semanas requerido para la pensión de sobrevivientes.

El apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia y se conceda la pensión reclamada, al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el causante dejó causada la pensión de sobrevivientes que se reclama.

¹ *"Muchas gracias su señoría, me permito dentro de los términos de interponer el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, Sala laboral, con el fin de que evalúe el tema del principio de favorabilidad, del principio de solidaridad que rigen el sistema de Seguridad Social y partiendo de esa operación de tipo aritmético para que se dé la aproximación, aun sabiendo que se han cumplido los requisitos y se ha demostrado la convivencia de Unión marital de hecho entre la señora Julia Alba y el señor Salomón. Por lo tanto, solicito señor juez, sea remitido el expediente al honorable Tribunal, para que sea evaluado este presente recurso, ratificando lo manifestado en el argumentado de la demanda para que sea tenido en cuenta, muchas gracias".*

VII. CONSIDERACIONES

No fue objeto de controversia que *i)* SALOMON DIVANTOQUE MARENTES falleció el 29 de junio de 2014 (folio 18). *ii)* que el causante prestó servicios a la POLICIA NACIONAL como agente entre el 1° de octubre de 1988 y el 29 de junio de 1993 (fl. 22); *iii)* que LAURA DANIELA DIVANTOQUE ARISTIZABAL es hija del causante y nació el 2 de febrero de 2000 (fl. 17); *iv)* que el causante cotizó a COLPENSIONES de manera interrumpida desde el 28 de agosto de 1985 hasta el 31 de diciembre de 2012 un total de 155,29 semanas (fls. 66 a 70); *v)* que mediante Resoluciones SUB 147278 del 2 de agosto de 2017, SUB 191079 del 11 de septiembre de 2017 y DIR 19001 del 27 de octubre de 2017 la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión (fls. 50 a 58).

- Sobre la Pensión de Sobrevivientes.

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, es pertinente señalar que ha sido posición pacífica y reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicar que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante, tal y como lo ha señalado en las sentencias Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL496 de 2018, SL2214 de 2018, SL308 de 2019, SL3526 de 2019, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el causante falleció el 29 de junio de 2014, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que otorga el derecho a la pensión al grupo familiar del afiliado que hubiere cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

Sobre el conteo para definir el número total de semanas de un afiliado para causar un derecho pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“(...) en los eventos en que la fracción de semanas de cotización supera el 0.5, por razones de equidad y de justicia y para no dejar en el desamparo a una persona que padece una situación de debilidad por sus condiciones de salud, es procedente hacer la aproximación”* (Sentencia radicado 42029 del 30 de agosto de 2011, radicado 28547 del 8 de abril de 2008 y radicado 53440 del 11 de marzo de 2015).

Siguiendo el anterior referente normativo y jurisprudencial y una vez revisadas las pruebas del expediente concluye la Sala que el causante no cumplía dicha regla, en cuanto solo realizó un total de 49,046 cotizaciones dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento (29 de junio de 2011 al 29 de junio de 2014, fls. 66 a 70). En efecto de la historia laboral aportada al proceso por COLPENSIONES que acredita el número total de semanas, no se advierte inconsistencia alguna en los tiempos de cotización definidos por la entidad. Si bien el apoderado de la parte demandante insiste en sus alegaciones en que el causante contaba con un total de 49.9 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento y por ello es procedente realizar la aproximación correspondiente, lo cierto es que éste suma en sus cuentas de manera total las semanas cotizadas en el mes de junio de 2011 (1.14 semanas), cuando solo corresponde imputar por este mes un total de 0,286 semanas, que corresponden a la fracción de los días 29 y 30 de junio de 2014, pues SALOMON DIVANTOQUE MARENTES falleció el 29 de junio de 2014 y por ello no es procedente sumar la totalidad de semanas cotizadas en el mes de junio de 2011 sino estrictamente los días 29 y 30 de junio de 2011, que son los que forman parte de los 3 años anteriores al deceso.

Así las cosas, se tiene que SALOMON DIVANTOQUE MARENTES cotizó entre el 1° de junio de 2011 y el 31 de diciembre de 2012 un total de 48,76 semanas, las que al sumar el lapso correspondiente a junio de 2011, es decir 2 días que equivalen al 29 y 30 de junio (0,286 semanas), completaría un total de 49,046 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento (29 de junio de 2011 al 29 de junio de 2014), tiempo insuficiente para causar el derecho a la pensión y respecto del cual no es posible aplicar el criterio jurisprudencial referido para aproximar dicho valor a las 50 semanas, pues en este caso tendría que realizarse una aproximación por 0,954, fracción superior a la que acepta la jurisprudencia en estos casos.

Ahora pasa a analizar la Sala la controversia bajo la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Al efecto, es pertinente señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido en reiterada jurisprudencia (SL 379-2020, SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016), que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, se acepta la aplicación ultractiva de normas derogadas como excepción a la regla general, referida a que la norma que gobierna la situación pensional en un caso específico es la vigente al momento del fallecimiento del causante o la fecha de estructuración del estado de invalidez. Ha dicho la Corte que en aplicación de este principio solo es posible estudiar si el afiliado cumplía los requisitos definidos en la ley inmediatamente anterior a la vigente al momento del hecho que causa el derecho (fallecimiento o invalidez), y que en virtud de ésta el juzgador no puede realizar un estudio histórico de las normas anteriores para encontrar la que se ajusta a la situación o condiciones particulares del caso.

Así las cosas, atendiendo que el causante falleció el 29 de junio de 2014 (fl. 18), la norma que regula su situación por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, es la contenida en el

artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sin las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Esta norma define el derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del afiliado que han cotizado por lo menos 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento (por no encontrarse cotizando al momento del deceso).

Revisadas las pruebas aportadas al expediente, se advierte que la causante no cotizó ninguna semana dentro del año anterior a su fallecimiento, pues la última cotización realizada al sistema de pensiones, fue el 31 de diciembre de 2012, como lo acredita la historia laboral aportada al expediente en folio 66.

Por las anteriores razones el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que llegó a igual conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

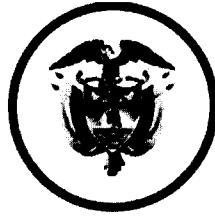

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 32-2019-317-01


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0136-2021

Radicado N° 32 2020 00082 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante sobre la sentencia proferida el siete (7) de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE CLEOFE ROJAS GARCIA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada, al reconocimiento y pago del incremento del 14%, por su cónyuge **JANETH RODRIGUEZ ROMERO**, quien depende económicamente del pensionado, al

reconocimiento y pago de la respectiva retroactividad de los incrementos debidamente indexados desde el 31 de diciembre de 2002, fecha en que se reconoció la pensión y al pago de las costas del proceso.

Fundamentó su pretensión, en que la entidad demandada mediante Resolución N° 640 del 30 de diciembre de 2002 le reconoció pensión de vejez a partir de esa misma fecha con fundamento en lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990; que su cónyuge depende económicamente de él y conviven desde el año 1993; que el 14 de diciembre de 2015 radicó ante la demandada derecho de petición, solicitando el reconocimiento y pago de los incrementos pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionado del actor y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, buena fe, prescripción de los incrementos pensionales e inexistencia de intereses moratorios e indexación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de octubre de 2020, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: "**PRIMERO: DECLARAR** *PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados del régimen de transición y prescripción de los incrementos pensionales, conforme las consideraciones expuestas.* **SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por JOSE CLEOFE ROJAS GARCIA. **TERCERO: CONDENAR** en costas al demandante y a favor de la demandada. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000. **CUARTO:** *En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta*".

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento del incremento pensional reclamado. Para resolverlo indicó que este incremento no es procedente en el caso del actor, pues no se acreditó la dependencia económica de la cónyuge del actor, y de todas formas como la pensión del demandante se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993, debe entenderse que para esa fecha el Acuerdo 049 de 1990 ya no se encontraba vigente.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente el incremento pensional reclamado.

Por su parte el apoderado de la parte demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones del demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si en el presente asunto, procede la condena al pago del incremento pensional del 14% en favor del demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución N° 640 del 30 de diciembre de 2002 el ISS hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al actor en aplicación del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 31 de diciembre de 2002 en cuantía inicial de \$309.000 (fls. 12 a 14 Pdf); **ii)** que el demandante contrajo matrimonio con JANETH RODRIGUEZ ROMERO (fl. 19 Pdf); **iii)** que el 14 de diciembre de 2015 el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento del incremento pensional del 14% (fl. 17 Pdf).

- Sobre los Incrementos Pensionales

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, advierte la Sala que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso: *“con ocasión de la expedición de la Ley 100*

de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994”.

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no perdió vigencia a la entrada de la Ley 100 de 1993, tal y como se ha dicho en las sentencias con Rad. 21517 del 27 de julio de 2005 MP. Isaura Vargas Díaz y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751 MP Luis Javier Osorio López, lo cierto es que, con la reciente decisión la Corte Constitucional dispuso que los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990, **sí fueron derogados** por la Ley 100 de 1993 y dado que es este el órgano competente para decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales, se confirmará la sentencia apelada por las razones aquí expuestas.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, como ya se dijo, se confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

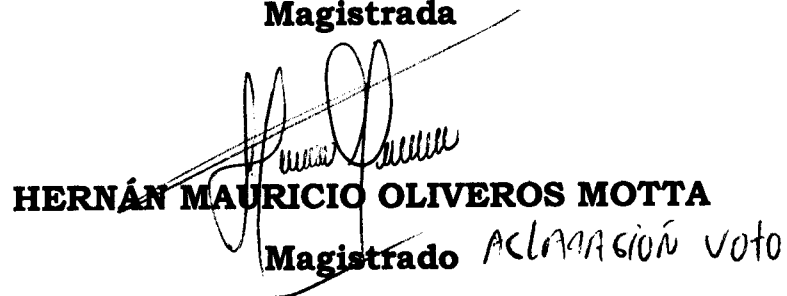
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado Aclaración voto

Rad. 11001 31 05 032 2020 000082 01

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: José Rojas García

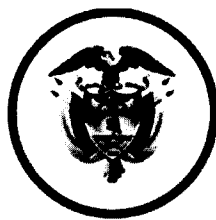
Demandado: Colpensiones

Radicado: 11001 31 05 032 2020 000082 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en el sentido de indicar que en armonía con el criterio que sobre el punto tenía sentado la H. Corte Suprema de Justicia, sostuve que los incrementos pensionales se encontraban vigentes. No obstante, debido al cambio jurisprudencial dado por esa misma Corporación sobre la materia en sentencia SL2061-2021, me permito también recoger la posición por mí sostenida frente al particular.

Hasta acá el planteamiento de la aclaración de mi voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0135-2021

Radicado N° 33-2015-00867-02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las demandadas y llamadas en garantía contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre el demandante y el **CONSORCIO MK**, conformado por **KONIDOL S.A.** y **M&C S.A.S.**, existió un contrato de trabajo del 06 de junio de 2013 al 22 de julio de 2013, declaró la responsabilidad solidaria de las sociedades consorciadas y **ECOPETROL S.A.**, condenó al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causados durante la relación e indemnización moratoria, declaró no probadas las excepciones, absolvió de las demás pretensiones y condenó a **ALLIANZ SEGUROS S.A.** y **AXA COLPATRIA** a garantizar las condenas hasta el monto del valor asegurado en la póliza CEST-2161 y condenó en costas (fl. 492 a 493, 30:32 cd fl. 491).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 2 a 5).**

JAIRO ALEXANDER OROZCO SERNA solicitó declarar que existió un contrato de trabajo del 06 de junio de 2013 al 22 de julio de

2013 con el **CONSORCIO MK** conformado por **M&C SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA - M&C S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** y **KONIDOL S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y la responsabilidad solidaria de **ECOPETROL S.A.**, en consecuencia, condenar al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido, indemnización moratoria, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el **CONSORCIO MK** lo vinculó mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido el 06 de junio de 2013 al 22 de julio del 2013, para el cargo de *auxiliar contable* en desarrollo del contrato 5206689 del 02 de diciembre de 2009 suscrito entre el consorcio y **ECOPETROL S.A.** a cambio de un salario de \$1.000.000, sin que le pagaran salarios y por tal razón renunció el 23 de julio de 2013, tras lo cual reclamó el pago de sus derechos laborales varias veces sin éxito, por lo cual citó al consorcio a audiencia de conciliación el 17 de septiembre de 2013 pero no asistieron.

• CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

KONIDOL S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL se opuso a las pretensiones de la demanda. Indicó que MANUEL BAYONA BAUTISTA, representante legal de **M&C SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA - M&C S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, de forma unilateral e ilegal, excluyó a **KONIDOL S.A.** de toda actividad administrativa y operativa del **CONSORCIO MK**, por lo cual el 05 de marzo de 2013 le revocó el poder de dicha persona natural para que la representara en el consorcio, por tanto, no tiene ninguna responsabilidad en los solicitado por el demandante, con quien nunca tuvo relación alguna. Interpuso las excepciones de inexistencia de responsabilidad laboral, cobro de lo no debido y pago de lo causado, buena fe y la genérica (fl. 81 a 91).

KONIDOL S.A. efectuó llamamiento en garantía de **M&C S.A.S.** (fl. 95 a 97) y de **ECOPETROL S.A.** (fl. 109 a 112), el cual fue aceptado por auto del 16 de junio de 2015 (fl. 287 a 288).

ECOPETROL S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la conformación del consorcio y existencia del contrato 5206689. Indicó que el administrador del contrato 5206689 informó que el demandante no prestó su servicio en desarrollo de éste, porque el equipo mínimo estuvo ubicado en el magdalena medio y la acta de liquidación unilateral de dicho contrato se efectuó el 29 de junio de 2013, por tanto, no fue beneficiario del presunto trabajo del demandante. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, cobro de lo no debido y la genérica (fl. 142 a 150).

ECOPETROL S.A. efectuó llamamiento en garantía de **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, **ALLIANZ SEGUROS S.A.** y **SEGUROS COLPATRIA**, con fundamento en las pólizas CEST-2161 y RCCU-425, siendo aceptado el llamamiento de las dos últimas por auto del 04 de septiembre de 2015 (fl. 314).

ALLIANZ SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relativos a la conformación del consorcio; indicó que no le constan los hechos relativos al presunto contrato de trabajo, sin embargo, el contrato 5206689 del 02 de noviembre de 2009 se pactó con vigencia de 1291 días (3 años y 6 meses) finalizando el 02 de junio de 2013, esto es, antes de la fecha de inicio de la labor alegada por el demandante; interpuso las excepciones de ausencia de prueba de que el trabajador se dedicó a desarrollar el contrato 5206689 de 2009, ausencia de solidaridad, inexistencia de obligación de **ECOPETROL S.A.**, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica. Frente el llamamiento en garantía, no se opuso pero en caso de condena solicitó aplicar las condiciones generales y particulares, deducibles y coaseguro; interpuso las excepciones de inexistencia de obligación de indemnizar por ausencia de responsabilidad del

asegurado, deducible pactado, ausencia de responsabilidad de las pasivas, coaseguro, nulidad y compensación relativa y la genérica (fl. 337 a 351).

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda; indicó que entre **ECOPETROL S.A.** y el demandante no existió ningún contrato de trabajo, tampoco se cumplen los requisitos para declarar la responsabilidad solidaria y no interpuso excepciones. De otra parte, no se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía, bajo los límites indemnizatorios, coaseguro y condiciones generales y particulares de la póliza, interpuso las excepciones de ausencia de responsabilidad solidaria, cobro de lo no debido, existencia de coaseguro y la genérica (fl. 429 a 434).

Mediante auto del 12 de agosto de 2016 se ordenó el emplazamiento de **M&C S.A.S.** (fl. 419 a 420), siendo designado *curador ad litem*, siendo inadmitida el escrito de contestación de la demanda por auto del 18 de julio de 2018 (fl. 488 a 489), sin que fuera corregidas las falencias, por lo cual se dio por no contestada por auto del 1º de octubre de 2018 (fl. 472 a 473). De otra parte, por auto del 1º de octubre de 2018 (fl. 472 a 473) se dio por no contestado el llamamiento de garantía por **M&C S.A.S.** por las falencias allí indicadas (fl. 472 a 473), las cuales no fueron corregidas, por lo cual por auto del 25 de febrero de 2019 se tuvo por no contestado el llamamiento (fl. 475).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 492 a 493, 30:32 cd fl. 491).

El 28 de enero de 2020, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre JAIRO ALEXANDER OROZCO SERNA y el CONSORCIO MK, constituido por KONIDOL S.A. y M&C S.A.S., existió un contrato de trabajo en un periodo comprendido entre el 6 de junio al 22 de julio del año 2013. SEGUNDO: DECLARAR solidariamente responsables a KONIDOL S.A., M&C S.A.S. y

asunto. **TERCERO: DECLARAR** que como consecuencia del anterior, las demandadas KONIDOL S.A., M&C S.A.S. y ECOPETROL S.A., le deben cancelar al demandante las siguientes sumas de dinero: **a)** Salarios del 6 de junio al 22 de julio del 2013, \$1.533.333. **b)** Prestaciones sociales por el mismo periodo \$275.670. **c)** Vacaciones del 6 de junio al 22 de julio de 2013, \$63.889. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción, elevadas por **ECOPETROL** y los demás sujetos procesales que las hubieran invocado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** a las demandas KONIDOL S.A., M&C S.A.S. y ECOPETROL S.A. a reconocer y pagar en favor del demandante la indemnización moratoria que trata el artículo 65 CST, equivalente a un día de salario por cada día de mora, la cual liquidada al 21 de enero del año 2020 asciende a la cifra \$78.300.000. **SEXTO: ABSOLVER** a las demandas KONIDOL S.A., M&C S.A.S. y ECOPETROL S.A. de la pretensión de indemnización por despido sin justa causa. **SÉPTIMO: CONDENAR** a ALLIANZ SEGUROS S.A. y a AXA COLPATRIA a garantizar el pago de las condenas hasta el monto del valor asegurado, de acuerdo a la póliza de coaseguro número CEST 2161, conforme la parte motiva de esta providencia. **OCTAVO: CONDENAR** en costas de agencias en Derecho a cargo de las demandadas KONIDOL S.A., M&C S.A.S. y ECOPETROL S.A., como agencias en Derecho se señalan 6 SMLMV. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si entre las sociedades consorciadas y el demandante existió un contrato de trabajo, en caso afirmativo establecer si le asiste el derecho al reconocimiento y pago de acreencias e indemnizaciones laborales, si la relación terminó con justa causa imputable al empleador y si hay responsabilidad solidaria y de las llamadas en garantía.

Para resolver indicó que la documental aportada acredita la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el **CONSORCIO MK**, pruebas que desvirtúan la tesis de **KONIDOL S.A.** de ausencia de facultades del representante del consorcio para firmar contratos de trabajo, ordenó al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones conforme el salario señalado en la certificación laboral ante la falta de prueba de su pago, así mismo, condenó a la indemnización moratoria porque no hay razón que justifique la omisión del empleador y como la demanda se radicó en los 2 años

siguientes calculó su monto en 1 día de salario por 1 día de mora desde 2013, absolvió de la indemnización por despido porque el demandante no acreditó la causa de su renuncia, en cuanto la solidaridad, absolvió de la responsabilidad del artículo 34 CST, no obstante, indicó que **ECOPETROL S.A.** y el **CONSORCIO MK** pactaron en el contrato 5206689 que el contratante tenía el deber de verificar el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores del contratista antes de realizar los pagos parciales y finales del contrato, así mismo, se acordó que el contratista debía acreditar paz y salvo de sus trabajadores o beneficiarios en caso de fallecimiento y de los colaboradores de sus contratistas y subcontratistas e incluso se facultó a **ECOPETROL S.A.** a crear un patrimonio autónomo con los pagos del contratista para garantizar el pago de las obligaciones laborales de éste, así como el poder de descontar de las sumas a favor del contratista los valores adeudados por obligaciones laborales, aspectos que fueron reiterados en el acta de liquidación de dicho contrato, de lo cual infirió que se acordó una responsabilidad contractual directa, incumpliendo **ECOPETROL S.A.** las obligaciones a su cargo porque no verificó que el **CONSORCIO MK** pagara los derechos laborales del demandante; de otra parte, frente las Compañías de Seguros llamadas en garantía declaró que tiene el deber de cubrir las condenas en virtud de la póliza CEST 2161, cuya vigencia fue del 02 de diciembre de 2009 al 28 de octubre de 2016, periodo en el cual surgió la contingencia, deber que será hasta el monto del valor del coaseguro.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **M&C SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA - M&C S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** indicó que nunca se acreditó la conformación del **CONSORCIO MK** ni la participación de sus integrantes frente las obligaciones del consorcio; de otra parte, indicó que las sociedades consorciadas están en procesos de reorganización empresarial por sus dificultades económicas, situación que no fue considerada frente la indemnización

moratoria para limitarla al momento en que dichas sociedades ingresaron al proceso de reorganización¹ (46:52 cd fl. 491).

La demandada **ECOPETROL S.A.** solicitó revocar las condenas. Indicó que no hay responsabilidad solidaria porque el demandante no acreditó que su labor fuera esencial para la ejecución del contrato suscrito con el **CONSORCIO MK**, además la labor de auxiliar contable es extraña a las actividades de **ECOPETROL S.A.**, cuyo objeto social también difiere del objeto de las sociedades consorciadas, por lo cual no procede aplicar el artículo 34 CST, así mismo, el Juez no consideró que el contrato 5206689 indica que los colaboradores del contratista no tendrán vínculo laboral con el contratante y que toda responsabilidad será a cargo del empleador² (34:11 cd fl. 491).

¹ Fundamento el recurso de apelación interpuesto en dos aspectos muy puntuales. El primero de ellos es que dentro del trámite procesal se habló siempre del **CONSORCIO** y de sus empresas que lo conformaron, pero más nunca se acreditó con el documento idóneo la conformación del mismo, que no es otro que el acta de conformación del consorcio y donde consta la participación de cada una de las empresas frente a las responsabilidades y obligaciones que tienen frente a ellas mismas, como frente a terceros, documento que no reposa dentro del expediente a fin de acreditar la conformación del **CONSORCIO MK**. El segundo aspecto, su Señoría, es en desacuerdo por parte del suscrito en la indemnización moratoria por cuanto se echó de menos las situaciones actuales que tienen las empresas que se encuentran en régimen de reorganización empresarial y ante la imposición de una indemnización moratoria hasta la fecha de hoy, es muchísimo más perjudicial para las empresas, en razón a que están tratando de recuperarse económicamente de la situación económica derivada de los contratos que había suscrito con **ECOPETROL**, ya que en procesos anteriores su Señoría ya había tenido en cuenta dicho aspecto y había regulado dicha indemnización hasta el momento en que dichas empresas habían entrado al régimen de reorganización, situación pues que en el presente proceso no ha ocurrido y pues que solicito que los honorables magistrados del Tribunal Superior regular el monto de la indemnización moratoria que fue impuesta dentro del presente proceso, gracias a su Señoría.

² Con el debido respeto, presento recurso de apelación contra la decisión proferida por el despacho de condenar **ECOPETROL** a reconocer y pagar solidariamente al actor los conceptos señalados en la decisión, a fin de que dicho fallo se revoque de acuerdo con los siguientes planteamientos. Del examen detallado del material probatorio que se encuentra en el expediente, no es dado a concluir que mi representada es solidariamente responsable, de conformidad con los siguientes hechos, siendo claro y contundente el hecho que nunca se probó que el demandante haya sido vinculado para la ejecución del contrato suscrito entre el **CONSORCIO MK** y mi representada y que el cargo que, según la información suministrada por el mismo texto de la demanda, no era necesario para la ejecución de las obligaciones contenidas en el citado contrato, razón por la cual no puede ser condenada a pagar suma alguna de dinero de las señaladas en la sentencia que aquí se ataca. El demandante prestó sus servicios como auxiliar contable, tarea o labor que en nada tiene que ver con el objeto social de mi representada. El demandante desarrolló una actividad ajena o extraña a las actividades de **ECOPETROL S.A.**, el juzgado no tuvo por probado que el objeto social de mi representada es totalmente distinto al de las sociedades que conforman la demandada principal, razón por la cual no existen los elementos mínimos para configurar una solidaridad de acuerdo con el artículo 34 CST. Evidente y contundente es el hecho que la actividad desarrollada por el contratista **CONSORCIO MK** no hace parte del giro ordinario de **ECOPETROL**, ya que además de no hacer parte del objeto social principal de la empresa ni las actividades conexas o complementarias a esta, **ECOPETROL** no ha desarrollado directamente este tipo de actividades que contrató con el **CONSORCIO MK**. Afirma el despacho que condena a **ECOPETROL** solidariamente en virtud de las cláusulas contractuales que existen en el Contrato 5206689, sin embargo, el juzgado no tuvo por probado estándolo, en esa misma tesis, que la cláusula décima sexta hace referencia a esta situación en particular y la cual se establece que el trabajador no tiene ni adquirirá por razones o con ocasión del presente contrato, vínculo laboral alguno con **ECOPETROL** y que toda responsabilidad derivada del presente contrato correrá a cargo del empleador. En ese orden de ideas, claro y contundente es que el fallador debió declarar probadas

La llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS S.A.** indicó que se demostró que no se cumplen los requisitos del artículo 34 CST para declarar la responsabilidad solidaria del asegurado **ECOPETROL S.A.** ni se acreditó una relación laboral directa entre dicha entidad y el demandante, quien no demostró que su labor se requería para ejecutar el contrato 5206689, cuyo objeto contractual en todo caso es ajeno al de **ECOPETROL**, adicionalmente la contratación laboral se realizó fuera del plazo amparado, por lo cual no se cubre el riesgo ni se acreditó el error, omisión o falta de diligencia del asegurado en el no pago de las prestaciones sociales; de forma subsidiaria, en caso de mantenerse la condena solicitó considerar el coaseguro a fin de repartir la asunción del riesgo en partes iguales³ (36:56 cd fl. 491).

las excepciones propuestas por la pasiva en la contestación de la demanda. Por todo lo anteriormente expuesto, a usted comediante solicitó primero se sirva conceder el recurso de apelación en términos solicitados y sustentados y, segundo, remitir el expediente al Tribunal competente para que se surte el trámite en segunda instancia. Mil gracias señor Juez.

³ En este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho en el presente proceso de la siguiente manera. Considera el señor juez, declaró solidariamente a ECOPETROL y como consecuencia a mi poderdante ALLIANZ SEGUROS e igualmente condena a mi representado al pago de salarios \$1.333.333, prestaciones sociales \$275.600 y vacaciones \$63.889. Solicitó al despacho se revoque la decisión anteriormente mencionada, teniendo en cuenta primero que tal y como se mencionó en la contestación de la demanda y el llamamiento en garantía y como quedó probado dentro del desarrollo del proceso, no está perfilado o claramente demostrado que estamos frente a un caso de solidaridad, pues establece responsabilidad solidaria en materia laboral al tenor del artículo 34 CST cuando se cumple con los siguientes presupuestos: primero, que la empresa contratante contrata a la empresa contratista para que realice una labor o ejecute una obra que en principio correspondería efectuarla ella por ser una de las actividades relacionadas con su objeto social; segundo, la empresa contratista contratada a través de contrato laboral al trabajador o a los trabajadores que se requiere para la ejecución de la obra o labor; tercero, la labor ejecutada por el trabajador en beneficio de la empresa contratante guarda relación directa con una o varias de las actividades que aquélla realiza, de acuerdo con el giro propio de sus negocios; cuarto, la empresa contratista incumple total o parcialmente sus deberes como empleadora de uno o varios trabajadores que ejecuten la labor en beneficio de la empresa contratista; quinto, la labor la ejecutó el trabajador bajo órdenes y supervisión de la empresa contratante o siguiendo lineamientos por ella establecida. En este caso, no se puede declarar la responsabilidad solidaria entre el contratista y la empresa contratante para el pago de las obligaciones laborales del demandante, pues no existe prueba fidedigna que desarrolló una labor que vincule directamente a la empresa contratante ECOPETROL, pues la carga de la prueba está en cabeza del demandante y este no logró demostrar que hubiese laborado para la ejecución del contrato N°5206689. Asimismo, dentro del contrato N°5206689 se establece que el objeto del contrato es el mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas, e incluso realizar labores de descontaminación, situación que es totalmente ajena al objeto social y actividad social de la demanda ECOPETROL SA, tal como se reseñó en la demanda. Asimismo, está relacionado con el hecho de que el SEÑOR JAIRO ALEXANDER OROZCO SERNA ha manifestado dentro del interrogatorio de parte que ocupó el cargo de auxiliar contable, siendo relevante resaltar que no se guarda relación alguna con el objeto social de ECOPETROL, por lo tanto, no se genera la solidaridad. Adicionalmente, y como ya se desarrolló en la contestación de la demanda, no existe derecho alguno por corresponder a una contratación realizada fuera de la vigencia del contrato amparado y al ser éste el riesgo cubierto no surge la obligación a la luz de las pólizas contratadas. Por otro lado, dentro del proceso debió probarse el error, la omisión o la falta de diligencia del asegurado en este asunto en el pago de las prestaciones sociales o aún más debería probarse que existía la solidaridad señalada a la luz del artículo 34 CST, como ya se anunció con anterioridad. En todo caso, solicitó se tenga en cuenta la figura del coaseguro, repartiendo así la asunción del riesgo por parte de ALLIANZ SEGUROS en un 50% y de SEGUROS COLPATRIA en otro 50%. Siendo en estos términos y complementando mis soportes

La llamada en garantía **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** solicitó revocar la sentencia. Indicó que no hay responsabilidad solidaria del asegurado **ECOPETROL S.A.** porque las actividades de auxiliar contable del demandante no tienen que ver con el objeto del contrato 5206689 y además no demostró sobre cuales actividades desarrolló tal contabilidad, de otra parte, señaló que no puede aplicarse el artículo 34 CST porque los objetos sociales de **ECOPETROL S.A.** y el **CONSORCIO MK** son distintos, además el contrato que unió dichas organizaciones estableció total independencia laboral de **ECOPETROL** frente los trabajadores del consorcio, quien se fijó como uno responsable de sus trabajadores, siendo que la órdenes y supervisión de la labor la hizo exclusivamente el Consorcio; de forma subsidiaria, en caso de una eventual condena, solicitó considerar el coaseguro⁴ (42:23 cd fl. 100).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

en la contestación de la demanda, solicito se revoque la decisión aquí determinada por el señor juez y se absuelva de toda obligación y pretensiones de condena impuesta a mí representa ALLIANZ SEGUROS S.A., por tal razón ruego al despacho de segunda instancia se sirva de pronunciarse sobre el recurso de apelación y se resuelva a favor de ALLIANZ SEGUROS S.A. Muchas gracias.

⁴ Me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revoque la sentencia proferida con base en los siguientes argumentos. En primer lugar, debe notarse que si bien el juez de primera instancia encontró probada una supuesta solidaridad con ECOPETROL, debe tenerse en cuenta que el señor JAIRO OROZCO desempeñó labores como auxiliar contable que nada tiene que ver con el objeto del contrato desarrollado y su contrato N°5206689 suscrito entre el consorcio MK y ECOPETROL, pues dentro del mismo proceso no se obtuvo prueba alguna que el señor OROZCO haya desarrollado actividades encaminadas a desarrollar el objeto social del contrato N°5206689, pues como se encontró probado con base en el interrogatorio de partes, sus funciones se circunscribieron simplemente a las de auxiliar contable, funciones que no se tiene entendido dentro de qué marco o sobre qué actividades se desarrollaron. Por otra parte, debe tenerse en cuenta además que no se encuentra probada la solidaridad que establece el artículo 34 CST, pues como se tiene probado dentro de dicho proceso, el objeto social de ECOPETROL es el de exploración de hidrocarburos y el contrato suscrito con el CONSORCIO MK se trataba de trabajos de mantenimiento técnico de las tuberías, tanques y bombas que nada tenía que ver con el objeto social de ECOPETROL y que no se tiene probado que el señor OROZCO haya realizado función alguna, por lo tal no se tiene probada ninguna solidaridad con ECOPETROL y por lo tanto, de sus llamadas en garantía. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que no se tuvo en cuenta por el juzgador de instancia que ECOPETROL dentro del contrato suscrito con el CONSORCIO MK, hay cláusulas que adquieren la independencia de ECOPETROL respecto a algún vínculo laboral que se haya circunscrito con el señor OROZCO, por tal, dentro de dichas cláusulas se estableció la independencia técnica, administrativa y directiva del CONSORCIO MK y responsable únicamente y exclusivamente de sus trabajadores, por lo tanto, tampoco se tiene probada solidaridad alguna. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que todas las órdenes y supervisión que se ejerció sobre las actividades desarrolladas por el señor OROZCO fue única y exclusivamente por el por su empleador, el CONSORCIO MK. Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta, en caso de una eventual condena en contra o que se confirme la decisión proferida por el despacho, que debe tenerse en cuenta el coaseguro existente entre las pólizas de seguro entre ALLIANZ SEGUROS S.A. y AXA COLPATRIA. Por otra parte, me permito indicar estos argumentos serán ampliados en la respectiva oportunidad procesal. Así las cosas, le solicito al señor juez que admita el recurso de apelación anteriormente expuesto.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada **ECOPETROL S.A.** solicitó revocar la sentencia, alegando que no se configuró la solidaridad del artículo 34 CST ya que las labores del demandante no tienen que ver con el objeto social de la entidad, ni con el objeto del contrato 5206689 y el incumplimiento del precitado contrato no es objeto de estudio del proceso porque ello no fue solicitado en las pretensiones ni es de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral; el apoderado principal de la llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS S.A.** solicitó la absolución de su poderdante, conforme los argumentos expuestos en su recurso de apelación, la ausencia de requisitos para declarar el artículo 34 CST, no se configuró el siniestro cubierto ya que el eventual incumplimiento de **ECOPETROL S.A.** del contrato 5206689 no está amparado; el apoderado principal de **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** solicitó revocar los numerales 2 y 8, revocar parcialmente los numerales 3, 6 y 7 y confirmar en lo demás la sentencia, a fin de excluir cualquier condena en su contra, por cuanto no se configuró la solidaridad del artículo 34 CST y la responsabilidad contractual derivada de un eventual incumplimiento de **ECOPETROL S.A.** del contrato 5206689 no está amparada por la póliza, sin verificar que los dineros de tal fiducia fueron cedidos para el pago de acreencias laborales, tal contrato no estuvo vigente hasta el final de la relación laboral y el objeto del litigio se limitó a evaluar el artículo 34 CST, siendo desproporcionada la indemnización moratoria impuesta. Agotado el término del traslado, las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la procedencia de declarar la responsabilidad de **ECOPETROL S.A.** y las llamadas en garantía **ALLIANZ SEGUROS S.A.** **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** en el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria, así como la procedencia o no de limitar el monto de dicha indemnización con ocasión del proceso de reorganización de las empresas consorciadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i)* entre **ECOPETROL S.A.** como contratante y el **CONSORCIO MK** como contratista, se suscribió el contrato 5206689 del 02 de diciembre de 2009 (fl. 184 a 204), cuya fecha de ejecución inició el 17 de diciembre de 2009 al 29 de junio de 2013 conforme acta de liquidación final unilateral (fl. 244 a 277); *iii)* mediante póliza CEST-2161 se constituyó garantía única de cumplimiento de entidades estatales de COLSEGUROS S.A. hoy **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, con acuerdo de coaseguro con **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** del 50% (fl. 358 a 374, 435 a 437).

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez declaró que entre el demandante y el **CONSORCIO MK**, conformado por **KONIDOL S.A.** y **M&C S.A.S.** existió un contrato de trabajo del 06 de junio de 2013 al 22 de julio de 2013, declaró la responsabilidad solidaria de las sociedades consorciadas y **ECOPETROL S.A.**, condenó al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causados durante la relación e indemnización moratoria, declaró no probadas las excepciones, absolvió de las demás pretensiones y condenó a **ALLIANZ SEGUROS S.A.** y **AXA COLPATRIA** a garantizar las condenas hasta el monto del valor asegurado en la póliza CEST-2161 y condenó en costas.

El apoderado de la demandada **M&C SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA - M&C S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** interpuso recurso de apelación, señalando que no se acreditó la conformación del consorcio ni la responsabilidad de sus integrantes, así mismo, solicitó considerar el inicio del proceso de reorganización de las sociedades consorciadas para limitar el monto de la indemnización moratoria.

El apoderado de la demandada **ECOPETROL S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar las condenas. Indicó que la labor del demandante no era esencial para el contrato 5206689 y es extraña al objeto de **ECOPETROL**, el cual también es distinto al objeto de las sociedades consorciadas, por lo cual no aplica el artículo 34 CST, así mismo, el contrato 5206689 dice que el contratante no tiene vínculo laboral con los colaboradores del contratista ni asume las responsabilidades del empleador.

La llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS S.A.** interpuso recurso de apelación, indicó que no procede el artículo 34 CST ni relación laboral del demandante y **ECOPETROL S.A.**, que la labor no era necesaria para el contrato 5206689, cuyo objeto difiere del giro de los negocios del asegurado, así mismo, el contrato laboral fue por fuera del plazo del amparo, no se demostró culpa del asegurado y si se mantiene la condena solicitó aplicar el coaseguro.

La llamada en garantía **AXA COLPATRIA S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia. Indicó que el asegurado no es responsable solidario porque la labor del trabajador no tiene relación con el objeto del contrato 5206689, no demostró sobre qué actividad hizo tal labor, no aplica el artículo 34 CST por la diferencia de los objetos sociales del asegurado y el consorcio, el contrato estableció independencia laboral del contratante y en todo caso solicitó aplicar el coaseguro en caso de condena.

Procede la Sala a resolver los 4 recursos de apelación ya señalados, advirtiéndole que no serán considerados los argumentos elevados en las alegaciones que no fueron en su debida oportunidad incluidos en el recurso de apelación, por cuanto el principio de consonancia del artículo 66A CPTSS limita la competencia del tribunal únicamente a los asuntos expuestos en el recurso de apelación sin que sea válido incluir nuevos puntos de reproche, razón por la cual no serán considerados los siguientes aspectos:

- i. Respecto de **ECOPETROL**, no se considerará los reproches relativos a que el incumplimiento del contrato 5206689 no fue objeto de litigio al no ser elevado en las pretensiones ni ser competencia de la especialidad laboral.
- ii. Respecto de **ALLIANZ** no se considerará el reproche relativo a que el incumplimiento del contrato 5206689 no está amparado.
- iii. Respecto de **AXA COLPATRIA** no se considerarán los reproches relativos a que el incumplimiento del contrato 5206689 no está amparado, que los dineros de la fiducia fueron cedidos para el pago de acreencias laborales, que dicho contrato no estaba vigente a la terminación de la relación laboral, que tal asunto no hizo parte del objeto del litigio y que la indemnización moratoria fue desproporcionada.

Realizada la anterior aclaración, procede la Sala a resolver el punto de reproche expuesto en los recursos de apelación de **ECOPETROL S.A., ALLIANZ SEGUROS S.A. y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** relativos a que no se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 34 CST para declarar la responsabilidad solidaria de **ECOPETROL**.

Al respecto, resulta sumamente relevante considerar que el *a quo*, de forma expresa durante la exposición de la parte motiva de la sentencia de primera instancia, concluyó que luego del análisis de los elementos materiales de prueba no se configuró la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 34 CST, toda vez que se demostró que el demandante laboró como *auxiliar contable* en la sede del consorcio de Bogotá D.C. y, por tanto, que no se dedicaba a las actividades propias de **ECOPETROL** (18:29 cd fl. 491).

Así las cosas, carecen de objeto todos los reproches elevados en los recursos de apelación **ECOPETROL S.A.**, **ALLIANZ SEGUROS S.A.** y **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** relacionados con la solidaridad del artículo 34 CST, por cuanto se reitera esa no fue la fuente jurídica de la condena impuesta a **ECOPETROL S.A.** a la concurrencia en el pago de las acreencias e indemnizaciones laborales a cargo de las sociedades consorciadas, motivo por el cual no existe mérito alguno para revocar dicha decisión.

Procede la Sala a resolver el punto de reproche del recurso de apelación de **ECOPETROL S.A.** relativo a la presunta omisión del *a quo* de valorar que el contrato 5206689 indica que el contratante no tiene vínculo laboral con los colaboradores del contratista ni asume las responsabilidades del empleador.

Visto el expediente, está plenamente acreditado que **ECOPETROL S.A.** como contratante y el **CONSORCIO MK** como contratista, suscribieron el contrato 5206689 del 02 de diciembre de 2009 (fl. 184 a 204). En dicho instrumento jurídico, se establecieron numerosas disposiciones dirigidas a proteger los derechos e indemnización laborales de los trabajadores vinculados por el consorcio, a saber:

- i. La cláusula 4 estableció que previo al pago parcial y pago final del valor del contrato, el contratista debe presentar copia de las planillas mensuales de pago de salarios,

prestaciones sociales y aportes de sus trabajadores para el periodo cobrado o paz y salvo del trabajador o sus beneficiarios frente sus derechos laborales y aportes (fl. 187 a 189).

- ii. El parágrafo 1 de la cláusula 4 estableció la constitución de una fiducia mercantil con las retenciones en garantía, con destinación exclusiva al pago de obligaciones dinerarias a cargo del contratista, de la cual puede disponer el contratante (fl. 189 a 190).
- iii. La cláusula 5 fijó como obligación especial del contratista el cumplimiento de la normativa interna de Ecopetrol relativa a salarios de trabajadores de contratistas, advirtiendo que en todo caso el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal ocupado para la ejecución del contrato será a cargo del contratista.
- iv. La cláusula 6 fijó obligaciones especiales del contratista en materia de HSE, señalando el deber de documentar acciones y permitir la consulta del contratante (fl. 192 a 198).

Ahora bien, sin desconocer los anteriores acuerdos contractuales, concluye esta Sala que el establecimiento de dichas garantías en modo alguno puede equipararse a que las partes hubieran acordado establecer una solidaridad del contratante en el pago de las acreencias e indemnizaciones laborales a cargo del contratista, sino todo lo contrario, por cuanto la cláusula 5 establece, de forma clara y expresa, que el contratista sería el único responsable del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal ocupado para la ejecución de dicho contrato.

Lo anterior explica la razón por la cual la cláusula 11 del contrato 5206689 de 2009 estableció que el contratista debía constituir seguro de cumplimiento a favor de **ECOPETROL S.A.** del pago de salarios,

prestaciones sociales e indemnizaciones laborales del personal contratado para la ejecución del contrato, a fin de amparar el riesgo de reclamaciones al contratante de obligaciones que las partes había acordado expresamente en la cláusula 5 que sería a cargo exclusivo del contratista.

En consecuencia, le asiste razón al apoderado de **ECOPETROL S.A.** en su reproche de que el contrato 5206689 de 2009 estableció que el contratante no asumiría ninguna responsabilidad por acreencias e indemnizaciones laborales del personal vinculado por el consorcio contratista, por tanto, de tal contrato no podía deducirse que las parte hubieran acordado un régimen de responsabilidad solidaria, razón por la cual no queda opción distinta que revocar las condenas impuestas a **ECOPETROL S.A.**, situación que a su vez conlleva a absolver a las llamadas en garantía **ALLIANZ SEGUROS S.A.** y **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, motivo por el cual la Sala se abstendrá de pronunciamiento respecto de los puntos de reproche de dichas compañías de seguros relativos a la vigencia y cobertura de la póliza CEST-2161.

Procede la Sala a resolver el punto de reproche del recurso de apelación de la demandada **M&C SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA - M&C S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** relativo a la falta de prueba de conformación del **CONSORCIO MK** y de la distribución de responsabilidad entre las sociedades consorciadas.

De entrada, anuncia la Sala que no le asiste razón al apelante en su reclamo de falta de prueba de conformación del consorcio, por cuanto **KONIDOL S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** en su contestación de la demanda, aportó prueba del oficio KON-00-110-13 por el cual revocó las facultades del representante legal del **CONSORCIO MK**, documento en el cual indica que el mismo está conformado por la unión de **KONIDOL S.A.** y **M&C S.A.S.** (fl. 92 a 94), así mismo, no es cierto que no se haya aportado copia del acto de constitución del precitado consorcio, por cuanto fue allegado con la

solicitud de llamamiento de garantía que presentó **KONIDOL S.A.**, de cuya lectura se infiere, con total contundencia, que el **CONSORCIO MK** fue conformado por las dos sociedades antes señaladas (fl. 98 a 100).

Pasa la Sala a resolver el segundo y tercer punto de reproche del recurso de apelación de **M&C S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, relativos a la falta de prueba de distribución de solidaridad entre las sociedades concursadas y la limitación de la indemnización moratoria en razón al inicio del proceso de reorganización.

En cuanto la distribución de solidaridad, la Sala recuerda al apelante que el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 define el consorcio indicando que las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato afectarán a todos los miembros del consorcio, motivo por el cual es irrelevante cualquier acuerdo que distribuya la responsabilidad entre las sociedades consorciadas por cuanto la responsabilidad es solidaria y absoluta entre ellas conforme expreso mandato legal.

Frente la limitación de la indemnización moratoria con ocasión del inicio de la medida de reorganización, siendo relevante considerar que la H. CSJ ha indicado que la naturaleza sancionatoria de dicha indemnización implica que debe acreditarse la mala fe del empleador para imponer su pago, por tanto, si éste aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta no proceden dichas condenas, tal y como reitero recientemente la H. CSJ en las sentencias SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, SL845 de 2021, SL1460 de 2021 entre otras.

Ahora bien, no han sido pocos los conflictos judiciales en los cuales el empleador que incumple el pago de los salarios y prestaciones sociales alega su situación de crisis, insolvencia o iliquidez como la causa del incumplimiento en el pago de dichas acreencias. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó que la conducta del

empleador al momento en que incurrió en la mora es el único criterio que debe ser evaluado para establecer la procedencia o no de la condena al pago de esta indemnización, por tanto, en situaciones como la reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observar si de buena o mala fe cesó en el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, SL845 de 2021, SL1885 de 2021, entre otras.

En el presente asunto, el apoderado de **M&C S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** acreditó que mediante Auto 400-003192 del 26 de febrero de 2016 se admitió a dicha sociedad al proceso de reorganización empresarial de la Ley 1116 de 2006 por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, motivo por el cual se aplicó la prohibición del artículo 17 de la precitada norma a través del numeral séptimo del referido auto, a saber, la prohibición de realizar, sin autorización de la Superintendencia, de pagos o arreglos de sus obligaciones (fl. 482 a 485).

Resulta claro entonces que desde el 26 de febrero de 2016 la precitada sociedad se vio privada de la libre disposición de su patrimonio como consecuencia del proceso de reorganización, al punto que le fue prohibido el pago de sus obligaciones sin autorización previa del Juez del concurso, circunstancia que no puede ser desconocida por el Juez laboral para efectos de limitar el cálculo de la indemnización moratoria hasta dicha fecha, por cuanto a partir de tal momento se vio imposibilitado para efectuar el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas de forma unilateral.

Así las cosas, se modificará el monto de la condena por indemnización moratoria, advirtiéndole que en ninguno de los recursos

de apelación se reprochó el error del *a quo* de tomar 1 día de salario por cada día de mora aún después del mes 24 a pesar de que el salario del demandante era superior a 1smlmv, lo que impide a este Tribunal modificar tal decisión en virtud del principio de consonancia, razón por la cual se calcula el valor de la condena desde el 23 de julio de 2013 al 25 de febrero de 2016 a razón de 1 día de salario por cada día de mora, ascendiendo la condena a \$31.100.000:

| Desde | Hasta | Días | Salario | Salario diario | Valor |
|------------|------------|------|--------------|----------------|---------------|
| 23/07/2013 | 25/02/2016 | 933 | \$ 1.000.000 | \$ 33.333 | \$ 31.100.000 |

La anterior cifra deberá se indexada al momento de su pago, a fin de corregir la devaluación del dinero, tomando como IPC inicial el del mes de febrero de 2016 e IPC final el del mes del pago.

En conclusión, se revocará las condenas impuestas a **ECOPETROL S.A.**, se absolverá a las llamadas en garantía **ALLIANZ SEGUROS S.A.** y **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** y se modificará el valor de la condena por indemnización moratoria.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** a **ECOPETROL S.A.** de todas las condenas en su contra. Los demás acápites de los precitados numerales se mantienen incólumes.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de solidaridad propuesta por **ECOPETROL S.A.** y

DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas **KONIDOL S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y **M&C SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA - M&C S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**.

TERCERO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido **CONDENAR** a las demandadas **KONIDOL S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL** y **M&C SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA - M&C S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** a pagar al demandante **JAIRO ALEXANDER OROZCO SERNA** la suma de \$31.100.000 por indemnización moratoria del artículo 65 CST, causada entre el 23 de julio de 2013 al 25 de febrero de 2016, indexada a la fecha de su pago, tomando como IPC inicial el del mes de febrero de 2016 e IPC final el del mes del pago, conforme la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: REVOCAR el numeral séptimo de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

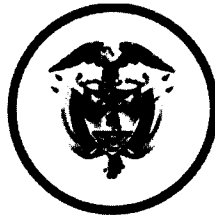
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

SALVAMENTO VOTO PARCIAL



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0130-2021
Radicado N° 36-2017-00326-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la curadora *ad litem* del demandado **NEFTALI CUNINJAN** contra la sentencia proferida el 03 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 30 de mayo de 2015 al 07 de mayo de 2016, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, condenó al pago de prestaciones sociales, compensación por vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías e indemnización moratoria, cálculo actuarial por el periodo sin afiliación al Sistema General de Pensiones, costas y absolvió de las demás pretensiones (fl. 101, 36:24 cd fl. 100).

I. ANTECEDENTES

• **DEMANDA (fl. 4 a 10).**

LUÍS ANTONIO MORALES GARCÍA solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal del 1° de junio de 2014 al 07 de mayo de 2016; en consecuencia, pagar los salarios del 1° de marzo de 2016 al 30 de abril de 2016, prestaciones sociales, vacaciones y calculo actuarial por aportes a pensión de toda la

relación, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido, indemnización moratoria, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que celebró contrato verbal de trabajo con **NEFTALI CUNINJAN** el 1° de junio de 2014, en el cargo de *chef de cocina* del restaurante *La Reserva Marina* de propiedad del empleador, con un salario diario de \$50.000 y sin pago de subsidio de transporte, con un horario de domingo a domingo de 10am a 6pm, sin ser pagado el día de descanso, siempre de forma subordinada y bajo órdenes del demandado. Afirmó que el empleador no le pagó el salario de marzo y abril de 2016 por \$2.400.000 ni las prestaciones sociales y vacaciones de toda la relación y no lo afilió a seguridad social, razones por las cuales terminó el contrato de trabajo el 07 de mayo de 2016, tras lo cual lo citó a audiencia de conciliación el 13 de septiembre de 2016, a la cual no asistió el empleador, quien aún adeuda los conceptos reclamados.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 94 a 110).**

Mediante auto del 21 de febrero de 2018, se designó curador *ad litem* al demandado (fl. 49), quien se notificó personalmente el 11 de marzo de 2021 (fl. 77) y que presentó contestación en nombre del demandado **NEFTALI CUNINJAN**, quien señaló estarse a lo que resulte probado y aceptó los hechos relativos al intento de conciliación. Indicó no constarle la relación laboral alegada. Interpuso las excepciones de prescripción y genérica (fl. 78 a 81)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 101, 36:24 cd fl. 100).

El 03 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(...) PRIMERO: DECLARAR que entre el señor **LUIS ANTONIO MORALES GARCÍA** y el señor **NEFTALI CUNINJAN** existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 30 de mayo de 2015 y el 07 de

mayo de 2016. **SEGUNDO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción. **TERCERO: CONDENAR** al señor **NEFTALI CUNINJAN** a pagar al actor los siguientes conceptos: a) \$34.254 por intereses a las cesantías del año 2016, suma que deberá ser indexada al momento del pago. b) \$423.333 por primas de servicios del año 2016. c) \$561.666 por compensación de vacaciones, suma que también deberá ser indexada al momento del pago. d) \$423.333 por cesantías del año 2016. e) \$1.093.333 por indemnización por no consignación de Cesantías. e) \$28.800.000 por indemnización moratoria causada hasta el 7 de mayo del 2018, a partir del día siguiente se deberán cancelar los intereses moratorios sobre las sumas debidas por salarios y prestaciones sociales a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera hasta cuando se verifique el pago. **CUARTO: CONDENAR** al señor **NEFTALI CUNINJAN** a cancelar el valor del cálculo actuarial por el tiempo que el promotor de la litis no estaba afiliado al sistema de pensiones por cuenta del empleador, esto es, del 30 de mayo de 2015 al 07 de mayo de 2016, de conformidad con la liquidación que al efecto realice la administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones. Para ello se deberá tener en cuenta lo expuesto con relación a la aplicación del Decreto 2616 del año 2013. **QUINTO: CONDENAR** en costas al señor **NEFTALI CUNINJAN**, liquidense con la suma de \$1.500.000 como agencias en Derecho. **SEXTO: ABSOLVER** al encartado de las demás pretensiones incoadas en su contra. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico verificar la procedencia de las pretensiones de declarar el contrato de trabajo, pago de acreencias e indemnizaciones laborales

Para resolver indicó que la certificación laboral demuestra la existencia de un contrato de trabajo, sin embargo, declaró como extremo inicial el último día de mayo de 2015 conforme el dicho de la testigo y como fecha final la reclamada en la demanda, así mismo, señaló que durante 2015 el demandante solo asistió fines de semana, festivos y compensatorios en reemplazo de la testigo, con una remuneración diaria de \$50.000, sin poderse precisar en que días hizo los reemplazos o la fecha de noviembre de 2015 en la que la testigo se retiró del restaurante, por lo cual estimó que laboró 4 fines de semanas al mes para un total de 8 días laborados mensualmente y \$400.000 devengados en los meses de 2015, frente 2016, indicó que la testigo afirmó que regresó en enero de ese año a laborar en el restaurante del demandado en el hotel Dorado Gold donde el demandante laboraba

todos los días de 5:30am a 2pm, siendo su salario de \$1.200.000 conforme certificado laboral, lo cual concuerda con el hecho que el actor reclame \$2.400.000 como salarios de dos meses, a saber, marzo y abril de 2016 cuyo pago no se acreditó y por tanto ordenó su reconocimiento, prestaciones sociales y compensación de vacaciones causadas durante toda la relación, así como al pago de la indemnización por no consignación de cesantías y moratoria, absolvió de la indemnización por despido porque no se acreditaron las circunstancias de terminación del vínculo, ordenó el pago del cálculo actuarial por aportes a pensión considerando para 2015 aportes por días conforme el Decreto 2616 de 2003 y para 2016 bajo las reglas generales, declaró la prescripción de las acreencias causadas antes del 11 de marzo de 2016 porque el curador solo fue notificado el 11 de marzo de 2019, salvo aportes y condenó en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandado **NEFTALI CUNINJAN** solicitó revocar las condenas. Indicó que las pruebas aportadas no dan cuenta de la existencia de un contrato de trabajo, sino de la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, además el testimonio fue confuso en cuanto extremos temporales, la subordinación, el cumplimiento de horarios y supuesto salario, así mismo, no hay mala fe porque el demandado actuó bajo la convicción de haber celebrado un contrato distinto a uno de trabajo¹ (40:17 cd fl. 100).

¹ Gracias señora Juez, en calidad de curadora ad litem me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, solicitando a los honorables magistrados revocarla en su totalidad, como quiera que conforme las pruebas aportadas en el expediente, ninguna de ellas da cuenta de la existencia de un contrato de trabajo como lo aduce el actor, en efecto, conforme la certificación que obra a folio 11 del expediente se puede deducir que el actor lo que en realidad celebró con el demandado fue un contrato de prestación de servicios, por lo que no se puede presumir la existencia de un contrato laboral, de otro lado, conforme el testimonio de la testigo, el mismo fue confuso, no dio claridad respecto de los extremos que supuestamente unió las partes porque la testigo indicó que inició a trabajar en el año 2015, más exactamente en el mes de abril y la relación laboral que se pretende conforme se indicó en la demanda es a partir del año 2014, tampoco hubo claridad en el testimonio en relación con la subordinación, el cumplimiento de horarios, teniendo en cuenta que señaló que la ayudaba a trabajar solamente los fines de semana y menos aún en relación con el salario que devengó supuestamente el actor, de otro lado, en relación con las condenas referentes a las indemnizaciones, no tuvo en cuenta el despacho que el demandado actuó conforme el contrato de prestación de servicio que creyó haber celebrado con el demandante, de donde se colige que existe buena fe y esa buena fe es liberatoria de todas las sanciones surgidas por el no pago oportuno de cesantías, salarios y prestaciones sociales al actor. De esa manera sustento el recurso de apelación y solicito a los honorables magistrados revocar la sentencia proferida. Mil gracias señora Juez.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal del demandante **LUÍS ANTONIO MORALES GARCÍA** sustituyó poder a Néstor Eduardo Ávila Roble, identificado con CC 11.036.675 y T.P. 133.727 del C.S.J., quien también ostenta la calidad de defensor público y a quien se reconoce como apoderado sustituto del demandante, quien solicitó confirmar la sentencia de primera instancia y, en caso desfavorable, no imponer costas. Agotado el término de traslado la curadora *ad litem* del demandado no presentó alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al demandante a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo y demás pretensiones derivadas de dicho vínculo, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto todos los hechos de la demanda son controvertidos y, por tanto, sujetos a debate probatorio.

- Principio de Primacía de la Realidad Sobre las Formalidades en las Relaciones Laborales.

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST, señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una

persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST, establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber: remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 30 de mayo de 2015 al 07 de mayo de 2016, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, condenó al pago de prestaciones sociales,

compensación por vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías e indemnización moratoria, cálculo actuarial por el periodo sin afiliación al Sistema General de Pensiones, costas y absolvió de las demás pretensiones.

La curadora *ad litem* del demandado **NEFTALI CUNINJAN** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar las condenas. Indicó que las pruebas allegadas no acreditan un contrato de trabajo sino un contrato de prestación de servicios profesionales, siendo confuso el testimonio practicado en extremos temporales, subordinación, horarios y supuesto salario y tampoco hay mala fe porque se actuó bajo la convención de haberse celebrado un contrato distinto al de trabajo.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que conforme con los antecedentes normativos expuestos, el artículo 22 CST define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua dependencia o subordinación, a cambio de un salario; por su parte, el artículo 23 CST consagró los elementos esenciales de este contrato, a saber, la actividad personal, la continua subordinación y un salario.

Por su parte, el artículo 24 CST estableció la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo, por tanto, al promotor del proceso le basta con demostrar la prestación del servicio personal para beneficiarse de la presunción, debiendo la contraparte desvirtuar la misma demostrando que no se cumplen los elementos del contrato de trabajo. Lo anterior materializa el principio de realidad sobre las formas en el ámbito laboral y de la seguridad social, consagrado en el artículo 53 constitucional.

En el presente asunto, el demandante afirma de forma personal y subordinada para **NEFTALI CUNINJAN** del 1° de junio de 2014 al

07 de mayo de 2016, declarando la *a quo* probada tal relación laboral del 30 de mayo de 2015 al 07 de mayo de 2016.

Llama la atención de la Sala que el demandante aportó una certificación expedida el 29 de mayo de 2015, en la cual se indicó que tenía un contrato de prestación de servicios desde el 1° de junio de 2014 a la fecha devengando un salario de \$1.200.000 (fl. 11).

La anterior prueba documental permite acreditar, por lo menos de forma preliminar, que en efecto el demandado prestó su servicio personal, lo que activa la presunción de existencia del contrato de trabajo del artículo 24 CST, sin embargo, la certificación no demuestra que tal servicio hubiera sido prestado al demandado **NEFTALI CUNINJAN**.

En efecto, a pesar de que la certificación tiene la presunta firma del demandado, también tiene logo, sellos y pie de pagina de los restaurantes *Pacho Parrilla Gourmet Restaurante Argentino* y *La Reserva Marina Restaurante*, de lo cual se infiere que no fue emitida a título personal por parte del demandado **NEFTALI CUNINJAN**, toda vez que el restaurante *Pacho Parrilla Gourmet Restaurante Argentino* es una sociedad plenamente constituida y con personería jurídica propia y separada de la persona natural demandada, tal y como se acredita con el certificado de existencia y representación legal que aportó el propio demandante (fl. 28 a 29), por su parte, no se allegó ninguna prueba que acredita la propiedad de la persona natural demandada de *La Reserva Marina Restaurante*, lo que impide concluir la existencia de algún vínculo entre dicho establecimiento y el demandado.

Ahora bien, la testigo María del Pilar Velandia, en su calidad de chef compañera de trabajo del demandante, afirmó bajo juramento que el demandante ingresó como chef al restaurante *Reserva Marina* en mayo de 2015, lo cual desvirtúa la fecha de ingreso señalada en el certificado, así mismo, indica que el demandante solo asistía los fines

de semana, festivo y en los días entre semana en los que la testigo tenía descanso, recibiendo a cambio un pago de \$50.000 por cada día de servicio, hecho que a su vez desvirtúa la presunta remuneración señalada en el certificado de \$1.200.000.

Así las cosas, la Sala determina que existe graves contradicciones que resta todo valor probatorio a la certificación aportada, por cuanto existe duda de si la firma del demandando fue a título personal o en representación de los restaurantes que impusieron sus logos en tal documento, a la vez que la fecha de inicio y remuneración difieren de los indicados por la testigo.

En consecuencia, no existe ninguna prueba documental que acredite la prestación del servicio alegada por el demandante, por cuanto la tarjeta de presentación del *Hotel Dorado Gold* por si sola no acredita dicho servicio, ni el propietario del restaurante que ofrece sus servicios en la tarjeta, ni tampoco demuestra algún tipo de relación entre dicho Hotel y la persona natural demandada (fl. 12). De otra parte, la liquidación de acreencias e indemnizaciones laborales efectuada en un consultorio jurídico y la constancia de no asistencia a conciliación allegadas tampoco acreditan, por si solas, la prestación personal de un servicio del demandante para con el demandado (fl. 13 a 27).

Por lo anterior, la única prueba válida allegada por la parte demandante para soportar sus peticiones es el testimonio de la señora María del Pilar Velandia, quien manifestó que el demandado **NEFTALI CUNINJAN** tenía un restaurante llamado *Reserva Marina*, en el cual trabajó la testigo entre el 20 de abril de 2015 hasta noviembre de 2015, lo cual le permitió observar que el demandante **LUÍS ANTONIO MORALES GARCÍA** ingresó como chef en mayo de 2015 y que solo asistió los fines de semana, festivos y los días entre semana en que la testigo tenía descanso porque según ella trabajaba de domingo a domingo, siendo que los chef asistían de 10am a 6pm, asegurando que era el demandado quien pagaba \$50.000 por cada día de servicio,

tanto a ella como al demandante, lo cual apreció en los recibos que estaban en la caja del establecimiento.

Tal dicho acredita que el demandante prestó un servicio personal, en un restaurante que la testigo identificó como de propiedad del demandado, a quien también la testigo señaló como responsable del pago, presupuestos que activan la presunción del artículo 24 CST y por tanto se consideran que estaban regidos por un contrato de trabajo, sin que la parte demandada aportara prueba en contrario, toda vez que se reitera el certificado del 29 de mayo de 2015, adolece graves inconsistencias que lo desvirtúan y, por ende, no se puede considerar la manifestación hecha en tal documento de que el servicio del demandante lo era bajo un contrato de prestación de servicios; así mismo, esta Sala no encuentra fundado el reproche relativo a la presuntas inconsistencias de la testigo en cuanto la subordinación, por cuanto una vez acreditada la prestación personal del servicio le corresponde al presunto empleador desvirtuar la presunción del contrato de trabajo, lo cual no hizo la curadora quien no formulo preguntas a la testigo (28:22 cd fl.97), siendo que en todo caso la testigo si indicó que el demnandado pagaba la remuneración y también el traslado del demandante al restaurante que abrió en convenió con el *Hotel Dorado Gold* y además tenía horario, aspectos que reafirman la subordinación propia de un contrato de trabajo.

Toda vez que la presunción del artículo 24 CST permite tener como cierto el contrato de trabajo, en cuanto sus extremos temporales la Sala confirmará la decisión de la *a quo*, punto que no fue objeto de apelación y que además es conforme con la regla jurisprudencial adoptada por la H. CSJ para determinar los extremos cuando no se conoce con exactitud el día pero si el mes y año, reiterada recientemente en las sentencias SL630 de 2021, SL1358 de 2021, SL2096 de 2021, entre otras, sin que le asista razón a la apoderada demandante

En cuanto el monto del salario declarado en primera instancia, se confirmará tal aspecto, toda vez que la Sala comparte la decisión de la *a quo* de dar validez al dicho de la testigo, quien manifestó que en el año 2015 el demandante laboró en el restaurante *Reserva Marina* por días y recibía un sueldo a destajo de \$50.000 diarios, mientras que para 2016 ya había sido traslado al restaurante que el demandado abrió en el convenio con el *Hotel Dorado Gold*, sitio donde si laboró jornada laboral completa y donde su remuneración ascendió a \$1.200.000 conforme reconoció el propio demandante al indicar en su demanda que el monto adeudado por dos meses de labor (marzo de 2016 y abril de 2016) es de \$2.400.000, tal y como declaró la Juez de primera instancia.

Procede la Sala a resolver el ultimo punto de reproche del recurso de apelación de la curadora *ad litem* del demandado, relativo a que no existió mala fe del empleador y por ende no procede la imposición al pago de la indemnización por no consignación de cesantías y moratoria. Sobre este puntual aspecto, llama la atención de la Sala que la única prueba relativa al presunto convencimiento del demandado de que el contrato entre las partes era de prestación de servicios y no laboral es la certificación del 29 de mayo de 2015, de la cual nuevamente esta Corporación manifiesta que carece de eficacia probatoria habida cuenta sus falencias que ya fueron de presente en esta sentencia, por tanto, no existe ninguna prueba que acredite la existencia de una razón objetiva y razonable que excuse el cumplimiento del pago de las prestaciones sociales y, en consecuencia, se mantendrá la condena a dichas indemnizaciones.

Por todas las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.