

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUCÍA DEL PILAR LEÓN URREGO
contra PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA Y MUSEO DE ARTE
MODERNO DE BOGOTÁ**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **LUCÍA DEL PILAR LEÓN URREGO**, se **declare** que entre las partes existieron varios contratos de trabajo, así: a término indefinido del 27 de enero al 4 de septiembre de 2003, a término fijo del 5 de septiembre de 2003 al 6 de julio de 2007, a término indefinido del 7 de julio de 2007 al 30 de junio de 2011, a término fijo del 1° de julio de 2011 al 30 de junio de 2013 y a término fijo del 1° de julio de 2013 al 30 de junio de 2014 y del 1° de julio de 2014 al 30 de junio de 2015, el cual culminó sin justa causa por parte del empleador y que los demandados son solidariamente responsables. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la demandada al pago de la indemnización moratoria, vacaciones por el periodo comprendido entre el 27 de enero de 2011 y el 30 de junio de 2015, primas de servicio del 1° de enero de 2012 al 30 de junio de 2015, intereses a las cesantías del 6 de abril de 2001 al 30 de septiembre de 2005, sanción por no pago de

los intereses a las cesantías, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de las cesantías de los años 2003, reintegro de los dineros cancelados por concepto de seguridad social en salud y pensión por todo el tiempo laborado, indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso (fls. 3 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 y 6), señaló que según certificación expedida por la accionada se celebraron los siguientes contratos:

Fecha de inicio	Fecha de terminación	Clase de contrato	Objeto del contrato	Honorario mensual
27 de enero de 2003	4 de septiembre de 2003	Indefinido	Directora financiera y contable	\$1.500.000
5 de septiembre de 2003	30 de junio de 2007	Prestación de servicios	Directora financiera y contable	\$2.480.000
1° de julio de 2007	30 de junio de 2011	Indefinido	Directora financiera y contable	\$3.068.000
1° de julio de 2011	30 de junio de 2014	Prestación de servicios	Directora financiera y contable	\$3.669.000
1° de julio de 2014	30 de junio de 2015	Prestación de servicios	Directora financiera y contable	\$3.779.000

Sostiene que laboró de manera ininterrumpida al servicio de la sociedad demandada por el término de 12 años, 5 meses y 4 días, desempeñando el referido cargo, cumpliendo un horario de 8 am a 9 pm de lunes a viernes y los sábados de 9 am a 1 pm, además de recibir órdenes de la depositaria de PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA y como representante legal del MUSEO DE ARTE MODERNO. Sostiene que la DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES hoy SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAS, entregaron en depósito el parqueadero al museo. Finalmente, aduce que el contrato culminó de manera unilateral por parte de la empleadora sin justa causa y que esta no la afilió al sistema de seguridad social integral, al igual que a la terminación del contrato de trabajo no le cancelaron las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y sanciones a que tenía derecho.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

EL MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 119 a 130). Respecto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 14 y niega los demás. Como excepciones de mérito, presentó las de prescripción, existencia de un modo legal para la finalización del contrato civil de prestación de servicios, pago, inexistencia del contrato de trabajo y buena fe.

PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA contestó el introductorio (fls. 151 a 162), en el que se opuso a las pretensiones de este. Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 8, 14 y 17 y niega los demás. Formuló las excepciones de prescripción, pago y cumplimiento, existencia de un modo legal para la finalización del civil de prestación de servicios, inexistencia del contrato de trabajo, y buena fe.

De otro lado, en auto del 31 de julio de 2017 (CD – fl.178), se declaró probada la excepción previa de falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa propuesta por la SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES – SAE, cuya decisión fue confirmada por este Tribunal en proveído del 31 de enero de 2018 (CD – fl. 191).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 19 de julio de 2019 (CD – fl. 223), **declaró** que entre la demandante y PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA existieron varios contratos de trabajo así:

- Del 27 de enero al 4 de septiembre de 2003, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$1.500.000.
- Del 5 de septiembre de 2003 al 30 de junio de 2007, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$1.800.000.
- Del 1° de julio de 2007 al 30 de junio de 2011, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$3.068.000.
- Del 1° de julio de 2011 al 30 de junio de 2015, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$3.779.000.

Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, **condenó** al MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ como depositaria de PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA, a pagar a la accionante las siguientes sumas y conceptos: \$13.979.000 por concepto de cesantías, \$634.710 de intereses a las cesantías, \$8.029.000 de prima de servicios, \$4.251.375 de vacaciones, \$57.805.500 sanción por no consignación de las cesantías y la suma diaria de \$125.966 por 24 meses que corresponde a \$90.696.000 y a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la demandada MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ como depositaria de PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA, en la suma de \$1.200.000.

Fundamentó su decisión, indicando que de las pruebas allegadas y recaudadas se colige que la demandante prestó sus servicios al parqueadero desde el 27 de enero de 2003 hasta el 30 de junio de 2015, quedando a su favor la presunción de que trata el artículo 24 del CST, la cual no logró desvirtuar la accionada, pues pese a que se vinculó mediante dos contratos de trabajo y tres de prestación de servicios, siempre cumplió con las mismas funciones y turnos, al igual que la señoras Gloria y Yolanda le dieron ordenes durante todo el tiempo que estuvo vinculada al Parqueadero, si que quede duda que la relación estuvo regida por varios contratos de trabajo que tuvieron vigencia en el periodo en comento, pues la función de la demandante no comportaba autonomía o independencia dado que no contaba con ese marco de libertad bajo el cual fue contratada durante varios ciclos, lo cual indica que actuaba bajo la continua subordinación y dependencia de PARQUEADEROS DEL FUTURO, además de desempeñarse como directora financiera y contable, cumpliendo horario independientemente del tipo de contrato, por lo que considera, entre las partes existieron varios contratos de trabajo así:

- Del 27 de enero al 4 de septiembre de 2003, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$1.500.000.
- Del 5 de septiembre de 2003 al 30 de junio de 2007, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$1.800.000.

- Del 1° de julio de 2007 al 30 de junio de 2011, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$3.068.000.
- Del 1° de julio de 2011 al 30 de junio de 2015, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$3.779.000.

En cuanto a la excepción de prescripción, aduce que no existe prueba que la actora haya elevado algún tipo de reclamación, por lo que al haberse presentado la demanda el 31 de mayo de 2016, cualquier acreencia laboral derivada de los contratos con anterioridad al 1° de abril de 2013 se encuentran prescritas, excepto las cesantías y aportes al sistema de seguridad social, sin embargo, solo lo son las cesantías únicamente del contrato vigente del 1° de julio de 2011 al 30 de junio de 2015, pues las de los demás contratos si se ven afectadas por dicho fenómeno en tanto estas se hacen exigibles a la terminación de la relación laboral.

Expone que como no se demostró el pago de las cesantías, intereses sobre las mismas, primas de servicio y vacaciones por los periodos en comento, hay lugar a condenar a la demandada a su pago, como también a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, toda vez que la accionada no logra demostrar que la omisión en el pago de las prestaciones sociales se debiera a un actuar de buena fe, por el contrario, al estar vinculada mediante dos contratos de trabajo y tres de prestación de servicios, es claro que el cambio de contrato no encuentra sustento en la realidad, máxime si en todas las vinculaciones ocupó el mismo cargo y funciones, además de estar bajo la subordinación de Gloria y Yolanda, sin que exista alguna justificación del cambio de la modalidad contractual. Consideraciones que sirven de sustento para impartir condena respecto de la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo. En cuanto a la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, indica que la demandante no cumplió con la carga de demostrar el despido, sin que existe prueba que permita establecer quien fue o dio por terminado el vínculo que unió a las partes, de ahí que sobre esa pretensión se absuelva a la demandada.

Respecto al reintegro de los aportes por concepto de seguridad social, en lo que tiene que ver con salud y riesgos laborales, a la demandada le surge

la obligación de efectuar dichas cotizaciones y en el evento que no se cubran esas obligaciones debe asumir el empleador los riesgos causados con ocasión a la falta de afiliación y en lo que tiene que ver con el reintegro de los aportes a pensión, señala que no existe medio de prueba que dé cuenta de cuanto y a donde pagó la accionante esas sumas de dinero, sin que haya lugar a imponer condena alguna al respecto.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la responsabilidad del MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ, menciona dicha entidad que quien debe responder es la SAE en la medida que el museo actúa solo como depositario provisional, a lo que el juzgado señaló que con aplicación al ordenamiento civil, al depositario provisional se le confiere poder de efectuar actos de administración, al igual que la Ley 1708 de 2014 con la cual se creó la Ley de extinción de dominio, prevé que el depositario provisional destinado para la administración de sociedades debe cumplir con las obligaciones del artículo 143 del C.CO como administrador, al igual que la Corte Suprema de Justicia explicó que a partir de la práctica de la medida cautelar de secuestro en un proceso de extinción de dominio, la entidad secuestre y los depositarios provisionales asumen la calidad de administradores de la empresa, como también el artículo 32 del CST, dispone que son representantes del empleador y como tal les obliga frente a sus trabajadores, quienes tienen el carácter de ejercer funciones de dirección y administración y ejercer actos de administración con la aquiescencia tácita o expresa del empleador; de ahí que al ser el museo administrador del parqueadero es el verdadero empleador de la accionante, debe responder por las condenas impuestas.

APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que se logró demostrar que laboró al servicio de la demandada por un lapso de 11 años y que fue despedida sin justa causa, por lo que lo legal y real es que se le reconozca la indemnización por el tiempo laborado. En cuanto a los valores que sufragó pro concepto de aportes a la seguridad social en pensiones, señala que se demostró su pago, para lo cual se allegó un certificado de semanas cotizadas en el cual reposan los valores que se tuvieron en cuenta para el pago

de esas cotizaciones, al igual que la accionada confesó que no realizó esos aportes, por lo que solicita se concedan los mismos.

La demandada MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ apeló la decisión, señalando que el artículo 67 del CST prevé que todo cambio de empleador por cualquier causa constituye sustitución patronal y en este evento, el DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES hoy SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES – SAE tomó posesión sobre PARQUEADEROS DEL FUTURO y lo entregó al museo como depositario provisional, por lo tanto, el parqueadero cesó su actividad y desapareció del mundo jurídico de ahí que no pueda responder, luego la responsabilidad recae sobre la SAE. Sostiene que el museo actúa como administrador, teniendo iguales funciones que el mandatario, por lo que no puede ser condenado a pagar las condenas impuestas, pues ello corresponde a la SAE y como no hizo parte del proceso, es claro que los administradores deben ser absueltos.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, dada la existencia de varios contratos de trabajo entre la demandante y PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA de lo cual sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes, hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa y del reintegro de los pagos que por concepto de aportes a pensión realizó la accionante; al igual que se analizará si el MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ en su calidad de depositaria provisional del citado parqueadero, debe responder por las condenas impuestas a aquel.

De otro lado, debe precisarse que la Sala no se pronunciará sobre las condenas impuestas por concepto de prestaciones sociales, acreencias laborales, indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, como quiera que estos aspectos no fueron materia de apelación.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia los varios contratos de trabajo que existieron entre la demandante y PARQUEADEROS EL FUTURO SAS, que fueron declarados por el a quo, en tanto sobre este aspecto no se presentó reparo alguno por los aquí intervinientes, de donde se colige que entre la señora LUCÍA DEL PILAR LEÓN URREGO y PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA existieron varios contratos de trabajo, así:

- Del 27 de enero al 4 de septiembre de 2003, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$1.500.000.
- Del 5 de septiembre de 2003 al 30 de junio de 2007, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$1.800.000.
- Del 1° de julio de 2007 al 30 de junio de 2011, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$3.068.000.
- Del 1° de julio de 2011 al 30 de junio de 2015, para desempeñar el cargo de directora financiera con un salario de \$3.779.000.

Terminación de contrato de trabajo

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

Al respecto, manifiesta la demandante en el hecho 16 de la demanda, que el contrato finiquitó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora, sin mencionar las razones por las cuales la accionada tomó tal decisión y menos aún, a cuál de los cuatros contratos que existió entre ellos se refiere.

Aunado a ello y si se hablara del último contrato que data del 1° de julio de 2011 al 30 de junio de 2015, a folios 30 y 31 obra liquidación del contrato de prestación de servicios, en el que las partes de común acuerdo convienen liquidarlo; de donde se colige que la última relación terminó por mutuo acuerdo entre ellas.

De suerte, que queda demostrado que la demandante no cumplió con la carga de la prueba que le asiste en demostrar el despido y menos aún, señalar sobre cuál de los cuatro contratos recae tal manifestación, pues no basta con afirmar que finiquitó sin justa causa, sino no acredita en que contrato existió el citado despido, de ahí que le quedado vedado a este Tribunal, hacer suposiciones basado en simples afirmaciones que no encuentran sustento probatorio alguno en el expediente; de ahí que le asista razón al a quo de absolver a la demandada del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Reintegro de los aportes a seguridad social en pensiones

Sobre este punto, es de resaltar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, en tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Revisadas las documentales obrantes en el proceso, contrario a lo señalado por la accionante, no obra prueba alguna que acredite el pago por parte de esta, de los aportes a pensión durante la vigencia de la relación laboral y si bien en el recurso de alzada refiere que se allegó historia laboral, lo cierto es que esta no se allegó, tanto así que en el acápite de pruebas de la demanda (fl. 10), nada se dice al respecto.

Así las cosas al no acreditarse que la demandante sufragó de su propio peculio los aportes a pensión que correspondían cancelar al empleador,

dada la existencia de los sendos contratos de trabajo, es por lo que sobre este punto, se confirmará la absolución impuesta en primera instancia.

Responsabilidad del MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ en calidad de depositario provisional de PARQUEADEROS DEL FUTURO SAS

A folios 79 a 114 del expediente, obra providencia del del 20 de agosto de 1999 mediante la cual la FISCALÍA 19 DE LA UNIDAD NACIONAL PARA LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO Y CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS, da inicio de manera oficiosa al trámite de extinción de dominio de los bienes de los hermanos SARA MARITZA, MARÍA LUISA, YOLANDA, PEDRO PABLO, PABLO JOAQUIN, JAIME HUMBERTO Y ROBERTO RAYO MONTAÑO sus hijos, compañeras o esposas, sociedades de las que hacen parte y de su socio y testaferro CRISTOBAL CASTILLO CASTRO, dentro de los cuales decretó el embargo y consecuente suspensión del poder dispositivo del 100% de las cuotas sociales de PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA .

De otro lado, dada la citada medida cautelar, mediante Resolución 1201 del 19 de diciembre de 2002 (fls. 115 a 118), la DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES hoy SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES – SAE, designó al MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ representado por su directora GLORIA ZEA DE BOTERO, como depositario provisional de referida sociedad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares características al que ocupa hoy la atención de la Sala, esto es, en sentencia SL 3901 de 2018, indicó:

“2. Ahora bien, el Tribunal dedujo correctamente que, a partir de la práctica de la medida de secuestro, la Dirección Nacional de Estupefacientes y los depositarios provisionales habían asumido la calidad de administradores de la sociedad demandada.

Respecto a este punto, en lo que tiene que ver con la Dirección Nacional de Estupefacientes, es preciso aclarar que para la fecha en la que fue decretada la medida de secuestro se encontraba vigente la Ley 785 de 2002, posteriormente derogada por la Ley 1708 de 2014, que preveía

fórmulas de administración para los bienes incautados, entre otros, en procesos de extinción de dominio, y disponía en su artículo 1 que «...la decisión de incautación del bien tendrá aplicación inmediata y la tenencia del mismo pasará a la Dirección Nacional de Estupefacientes para su administración en los términos de esta ley.» En el mismo sentido, el artículo 12 de la Ley 789 de 2002, también vigente para ese momento, preveía que «...el fiscal podrá decretar medidas cautelares de embargo, secuestro y suspensión del poder dispositivo de cualquier tipo de bien...» y que «...en todo caso, la Dirección Nacional de Estupefacientes será el secuestre o depositario de los bienes objeto de medidas cautelares.»

El artículo 5 de la Ley 785 de 2002, específicamente en relación con las sociedades y unidades de explotación económica, disponía claramente que:

La Dirección Nacional de Estupefacientes ejercerá los derechos sociales que correspondan a las acciones, cuotas o partes de interés social que hayan sido objeto de medida cautelar en los procesos a que se refieren las Leyes 30 de 1986 y 333 de 1996 hasta que se produzca la decisión judicial definitiva y mientras tanto quienes aparezcan inscritos como socios, miembros de los órganos sociales y demás órganos de administración, representante legal o revisor fiscal, no podrán ejercer ningún acto de disposición, administración o gestión en relación con aquellas, a menos que sean autorizados expresamente y por escrito por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

*<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> **A partir de la medida cautelar, las facultades de los órganos de administración y dirección de la sociedad o de las unidades de explotación económica, incluyendo la disposición definitiva de las mismas en la forma y términos establecidos en el Código de Comercio y demás normas concordantes, serán ejercidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes.***

*Las medidas cautelares decretadas sobre las acciones, cuotas o partes de interés social se extienden a los dividendos, utilidades, intereses y demás beneficios que al derecho embargado correspondan. Así mismo, se extienden a los ingresos y utilidades operacionales de la sociedad. **De esta manera la Dirección Nacional de Estupefacientes administrará tales bienes y recursos de conformidad con la presente ley y en procura de mantener productivas las sociedades incautadas.***
(Subraya la Sala).

Por otra parte, la Dirección Nacional de Estupefacientes, en su calidad de secuestre, antes de que se declarara la extinción definitiva del dominio, estaba facultada para acoger fórmulas de administración de los bienes como la «...enajenación, contratación, destinación provisional y depósito provisional...» (artículo 1 de la Ley 785 de 2002); «...celebrar sobre cualquiera de ellos contratos de arrendamiento, administración o fiducia...» (artículo 3 de la Ley 785 de 2002); o destinarlos provisionalmente de manera preferente a entidades oficiales (artículo 4 de la Ley 785 de 2002).

En ese sentido, se reitera, por mandato legal, inmediatamente después de practicada la medida de secuestro sobre la sociedad demandada, la Dirección Nacional de Estupefacientes asumió su administración en

calidad de secuestre y, en ejercicio de tal condición, podía, entre otras, designar depositarios provisionales, como el actor.

En igual medida, en los términos de los artículos 18 y 20 del Decreto 1461 de 2000, también vigente para el momento de la práctica de la medida de secuestro, pues guardaba absoluta armonía con las fórmulas de administración dispuestas en la Ley 785 de 2002, el depositario provisional tenía la misma calidad y funciones de los «...secuestres judiciales de los bienes puestos a su cuidado...» y le debía rendir cuentas mensuales de su gestión a la Dirección Nacional de Estupefacientes, que, a su vez, le podía fijar ciertos honorarios.

Tales secuestres judiciales, como también lo reconoció el Tribunal, de acuerdo con los artículos 2273 y 2279 del Código Civil, tenían las mismas facultades de un mandatario, y, en el caso de las sociedades comerciales, en concordancia con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 785 de 2002, asumían las calidades de administradoras, directores y representantes legales.

3. Ahora bien, pese a equiparar a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a los depositarios provisionales con secuestres o administradores y, en últimas, simples representantes legales o mandatarios, el Tribunal confundió a los órganos de administración de una persona jurídica con la persona jurídica misma o con su «dueño», como lo sugiere la censura.

No otra conclusión se deriva del hecho de que el Tribunal determinara que, tras el relevo de los órganos de administración, por la ejecución de una medida cautelar, cambiara la empresa misma, en el ejercicio de la subordinación respecto del trabajador. En efecto, en últimas, dicha corporación supuso que el nuevo administrador - Dirección Nacional de Estupefacientes – representaba una nueva empresa, que sustituía al empleador original de la relación laboral.

Esa reflexión está afectada por varios errores conceptuales, que parten de una equivocada comprensión de la naturaleza jurídica de las sociedades comerciales, que se constituyen como personas jurídicas autónomas e independientes respecto de sus socios (artículo 98 del Código de Comercio) y que tienen una estructura jerárquica determinada, formada, entre otros, por administradores, encargados del manejo de sus bienes y negocios, que si bien la obligan en el ejercicio de sus actos, nunca la subrogan o suplantán en sus atributos personales y en sus relaciones jurídicas (artículos 196 y siguientes del Código de Comercio).

Esa estructura organizacional y jerárquica propia de cualquier sociedad comercial es por esencia dinámica y variable, en función de las necesidades sociales, de manera que, no por el hecho de que se cambien los administradores, así sea forzosamente, la sociedad deja de ser una persona jurídica, sujeto de derechos y obligaciones, ni se transfieren sus haberes y responsabilidades a quien funge como administrador, como lo entendió el Tribunal.

Recuérdese, en este aspecto, que sobre la sociedad demandada se decretó una medida cautelar de secuestro, que implicó un cambio de administrador, pero no se extinguió su dominio, ni se decretó alguna otra medida que representara su desaparición o transformación social. En este punto, el último certificado de existencia y representación legal de la empresa traído al proceso (fol. 53 a 57) muestra claramente que la persona jurídica no se halla disuelta y tiene una duración proyectada hasta el año 2020.

4. Ahora bien, en el campo específico de las relaciones laborales, por obvio que parezca, es necesario recordar que el «empleador» es la persona jurídica o natural, sujeto de derechos y obligaciones, con la cual se celebra el contrato de trabajo o por cuenta de quien se realiza el trabajo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo. Adicionalmente, al tenor del artículo 194 de la misma obra, la empresa empleadora envuelve a «...toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.»

En ese sentido, el de empleador es un concepto amplio y complejo que, en el caso de sociedades comerciales, se identifica con la persona jurídica y todos sus órganos representativos, administrativos y de control. Así lo dispone expresamente el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, que fue desconocido por el Tribunal, al señalar (...)

“En el anterior orden de ideas, un administrador hace parte del andamiaje social y operativo de la empresa y, al ejercer la subordinación y control propios del empleador sobre sus trabajadores, simplemente lo representa, pero no lo sustituye en los contratos de trabajo, ni genera algún ente social nuevo. Por esa razón, el simple cambio en el administrador no supone un cambio del empleador, ni este último, tras medidas como la decretada sobre la demandada, traslada su rol contractual laboral al secuestro o administrador, respecto de sus trabajadores.

Esta sala de la Corte ha señalado al respecto que quien actúa «...como representante o mandatario de la empleadora... esa condición no la hace responsable de las obligaciones laborales a cargo de aquella, en la medida en que el representante laboral no asume la condición de empleador, ni tampoco, desde luego, las responsabilidades que competen a quien representa.» (CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 30653).

(...)

“En tal sentido, se reitera, el administrador y representante legal, que fue el papel que le atribuyó el Tribunal a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a los depositarios provisionales, no asume las obligaciones laborales de la empresa, ni se convierte en empleador, sino que simplemente lo representa en el ejercicio de los atributos del contrato de trabajo.

5. Esa regla no es diferente en tratándose de medidas cautelares decretadas en el curso de procesos de extinción de dominio, pues, por mandato de los artículos 5 de la Ley 785 de 2002, 2 del Decreto 1461 de 2000 y 12 de la Ley 793 de 2002, como lo reconoció el mismo Tribunal, la Dirección Nacional de Estupefacientes es un simple secuestro, representante legal y administrador, que funge como mandatario para el cumplimiento de esos roles, pero que no sustituye a la empresa o recrea nuevos entes sociales.

Así también lo reconoció la Corte Constitucional en las sentencias C 1025 de 2004 y C 030 de 2006, en las que precisó que la Dirección Nacional de Estupefacientes ocupa el lugar de los socios y directivos, pero no subroga a la sociedad, además que la medida cautelar es simplemente precautoria o preventiva, de manera que, por sí sola, no afecta el derecho de dominio o la existencia de la persona jurídica intervenida.”

Conforme a la jurisprudencia antes esbozada y contrario a lo señalado por el a quo, quien pese a citarla de manera superficial, le dio una interpretación distinta; es claro que la demandada MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ en calidad de depositaria provisional de la sociedad PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA, no es responsable de las condenas derivadas de la existencia del contrato de trabajo de la demandante con el parqueadero, en tanto solo actúa como representante legal y administradora de este, sin que tal circunstancia la convierta en el empleador de la actora, máxime si los contratos de trabajo se celebraron con la referida sociedad, en los que la directora del museo firmó en calidad de representante legal.

Aunado a lo anterior, cabe precisar que del certificado de existencia y presentación legal del parqueadero (fl. 147 a 149), este no ha sido disuelto ni liquidado, además de tener una duración hasta el 25 de agosto de 2025, de ahí que la sociedad pese a ser objeto de una medida cautelar por extinción de dominio, no se ha extinguido.

De suerte, que no podía el a quo condenar al museo al pago de los emolumentos derivados de la relación laboral de la demandante para con el parqueadero, pues como se dijo, aquel pese a ser el depositario provisional y por ende el representante legal y administrador de la sociedad demandada, no la reemplaza y por ende se convirtió en el empleador de la

accionante, por el simple hecho de pesar sobre esta una medida cautelar derivada de un proceso de extinción de dominio.

Así las cosas, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL TERCERO** de la sentencia apelada en sentido de indicar que las condenas allí impuestas lo son en contra de PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA y se **ADICIONARÁ** en el sentido de **ABSOLVER** al MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ depositario provisional del referido parqueadero, de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandante, dada la improsperidad del recurso. Sin costas para el MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ como quiera que su recurso salió avante, al igual que se recovan las de primera impuestas a esta, las cuales estarán a cargo de PARQUEADEROS DEL FUTURO SAS.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **CONDENAR** a PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA representado por el Director/a del MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ en calidad de depositaria provisional de aquel, al pago de las condenas impuestas en el citado ordinal, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el proveído objeto de alza, en el sentido de **ABSOLVER** al MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ depositario

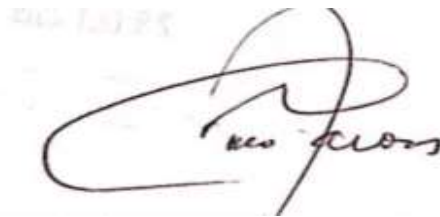
provisional de PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA, de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: MODIFICAR EL ORDINAL QUINTO en el sentido de indicar que las costas de primera instancia estarán a cargo de PARQUEADEROS DEL FUTURO LTDA.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás, la providencia impugnada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante, sin costas para el MUSEO DE ARTE MODERNO DE BOGOTÁ.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

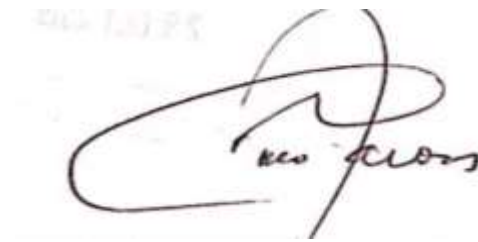
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante, la suma de \$300.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text and a central emblem.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE LUIS OSORIO YANES
contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A.
Y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JORGE LUIS OSORIO YANES**, se **declare** que existió un contrato de trabajo a término indefinido con SERVICOPAVA y AVIANCA entre el 1° de agosto de 2012 y el y el 1° de abril de 2016, el cual culminó con justa causa por parte del trabajador. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a las demandadas al pago de la indemnización de que trata el artículo 664 del CST, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo y por el no pago de los intereses sobre las mismas, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, reajustes de salarios y primas de servicio incluyendo el trabajo suplementario, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 6 y 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 6, 54 y 55), señaló que ingresó a laborar al servicio de las demandadas mediante contrato de trabajo a término indefinido el 1° de agosto de 2012, Para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios terrestres, cuya labor ejecutó de forma personal bajo la subordinación de las demandadas quienes le impartían órdenes. Refiere que cumplía varios horarios incluyendo domingos y festivos, laborando 6 días seguidos y descansando uno, al igual que mensual descansaba 3 días seguidos, devengando como último salario la suma de \$1.300.000. Finalmente, Expuso que el 1° de abril de 2016 decidió no continuar laborando con la demandada debido a la persecución laboral de la que fue objeto, además del no pago de las prestaciones sociales, acreencias laborales y trabajo suplementario a que tenía derecho, constituyendo un incumplimiento sistemático de las obligaciones por parte de la demandada, sin que a la fecha el empleador haya cancelado la liquidación definitiva de prestaciones sociales por todo el tiempo laborado, como tampoco el trabajo suplementario, ni el reajuste de salarios y prestaciones sociales teniendo en cuenta dicho trabajo

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

AVIANCA se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 91 a 104). Respecto a los hechos, los niega y no le constan en su totalidad. Como excepciones de mérito, presentó las de ausencia de relación laboral, ausencia de prestación de servicios, inexistencia de subordinación, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, libertad de empresa, buena fe, compensación, prescripción e indebida aplicación de las normas legales.

SERVICOPAVA contestó el introductorio (fls. 153 a 177), en el que se opuso a las pretensiones de este. Sobre los hechos, los niega en su totalidad. Formuló las excepciones de cosa juzgada, cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago total y parcial, inexistencia de contrato de trabajo y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de julio de 2019 (CD – fl. 614), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de ausencia de relación laboral, inexistencia de subordinación e inexistencia de la obligación que se demanda propuestas por AVIANCA y la de inexistencia de la obligación formulada por SERVICOPAVA, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que entre las demandadas existió una relación mercantil, en virtud de la aceptación por parte de AVIANCA de órdenes de servicio emanadas de SERVICOPAVA, de los cuales se derivan varios otro sí, como también celebraron un contrato de comodato precario que objeto de otro sí y modificaciones en el tiempo, al igual que de acuerdo al contrato de asociación, SERVICOPAVA vinculó al demandante, reconociendo como compensación el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente más auxilio de transporte, a lo que el actor elevó solicitud de admisión como socio el 1° de agosto de 2012, la cual fue aceptada ese mismo día, siendo afiliado al sistema de seguridad social. Expone que de los interrogatorios y declaraciones recaudadas, además de la documental allegada, se logra acreditar la prestación personal del servicio del demandante entre el 1° de agosto de 2012 y el 1° de abril de 2016 como auxiliar de operaciones terrestres devengando un salario mínimo en virtud de del convenio de trabajo asociado suscrito con la CTA para ejecutar una oferta mercantil aceptada por AVIANCA, quedando a su favor la presunción de que trata el artículo 24 del CST, correspondiendo a la CTA desvirtuar la misma, coligiendo que la accionada logró desvirtuar tal presunción en la medida que probó que la prestación del servicio del actor lo fue con las particularidades propias de una relación asociativa que existió entre las partes lo que excluye la existencia de una relación laboral, pues recibía capacitación de trabajo asociado, además los líderes supervisores también eran de la CTA, sin que el hecho que el personal de AVIANCA ejerciera interventoría, implique subordinación, pues ello lo era en virtud de velar por el cumplimiento de las obligaciones contractuales convenidas con la cooperativa, sumado a que los testigos llamados por el demandante fueron reiterativos en afirmar que habían accionado en contera de las demandadas

orlas mismas pretensiones, considerando que sus declaraciones no resultaron ser lo suficientemente cuestionables para desvirtuar la subordinación. Menciona que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la afiliación al sistema de seguridad social no implica la existencia de una relación laboral y el hecho que las cotizaciones y afiliación se hagan a través de la CTA no constituye un elemento que demuestre la existencia de un contrato de trabajo, adicional a que siempre que se haga uso de la CTA no puede tenderse que se esté disfrazando una actividad laboral, pues en cada caso debe estudiarse si existió o no vulneración al principio de primacía de la realidad, como también la Corte señaló que el legislador no puede prohibir relaciones asociativas. Aduce que en este caso el demandante fue un trabajador cooperado asociado y no un trabajador de la CTA y menos de AVIANCA, en tanto no se evidencia subordinación respecto del trabajador asociado; considerando que se debe absolver a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien en teoría todo lo que manifiesta el despacho tiene su relación jurídica, en la práctica no lo es, pues ingresó a la cooperativa cuando ésta ya estaba constituida, de ahí que no tuviera conocimiento de la forma o términos en que se constituyó. Refiere que las demandadas pretenden disfrazar el contrato de trabajo con un presunto convenio de asociación, en tanto los socios se reúnen libre y autónomamente para realizar actividades con el fin de procurar bienes en común, sin embargo, en el presente asunto dentro del ejercicio de las funciones que desarrollaba y además de los 7.000 trabajadores que estaban en igual circunstancia, las únicas beneficiados fueron las demandadas, pues el único beneficio que recibió es el que genera un contrato de trabajo. Sostiene que las accionadas eran quienes mantenían la subordinación, habida cuenta que desde los testimonios se puede concluir que la CTA era quien planteaba y programaba los turnos concluyó, sin que él tuviera autonomía para ello, ni voz ni voto para decidir si iba a trabajar o no o en que horario lo iba a hacer, por el contrario, tenía que acatar la programación la cual era rotatoria, existiendo subordinación y la actividad personal y directa, acreditándose la existencia de los elementos para que se configure un contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES

En este punto es importante precisar, que una vez revisado el libelo introductorio, este se orientó a que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con las demandadas del 1° de agosto de 2012 al 1° de abril de 2016, por lo que claramente al haber pretendido el actor la declaración de la relación laboral con dos personas jurídicas diferentes resulta anti técnico, no obstante, se interpreta y emerge con total claridad, que lo solicitado corresponde a que se declare que SERVICOPAVA actuó como intermediaria y AVIANCA como verdadero empleador y en caso afirmativo, se determinará si hay lugar al pago de las prestaciones sociales, acreencias laborales e indemnizaciones a que haya lugar o si por el contrario, el vínculo estuvo regido bajo las normas que regulan el trabajo asociado.

Contrato de trabajo

Al respecto, el Decreto 4588 de 2006, en su Artículo 17°, expresamente señaló:

*“Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales.- **Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.** Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.”* (Negrilla de la Sala)

Posteriormente, dicha prohibición fue reiterada por el Artículo 7 de la Ley 1233 de 2008, en el sentido que ninguna Cooperativa de Trabajo Asociado puede actuar como empresa de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.

Así mismo, el Artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, en un sentido general referido a la contratación de personal a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, ratificó tal prohibición cuando dispuso que los trabajadores no podrán ser vinculados a través de Cooperativas de Trabajo Asociado que realicen intermediación para el desarrollo de actividades misionales permanentes.

Ahora, sobre las relaciones entre una Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados pueden surgir varias de índole contractual e incluso, de ser necesario, se puede aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre la forma jurídica que las partes hayan dado al vínculo contractual, para lo cual, ha de tenerse en cuenta que las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo de personas para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, nacen de la libre y autónoma voluntad de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos, como también, los socios son los mismos trabajadores y por ende, pueden pactar las reglas que han de gobernar sus relaciones y tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa.

De otro lado, de acuerdo con establecido en la Ley 79 de 1988, las cooperativas de trabajo asociado se caracterizan por ser asociados al mismo tiempo, los aportantes de capital y los gestores de la empresa; el régimen de trabajo, de previsión, de seguridad social y compensación está consagrado en los estatutos y reglamentos de la Cooperativa y las diferencias que surjan entre las partes se someterán al procedimiento arbitral o a la justicia laboral ordinaria.

Frente al tema de la contratación a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias proferidas dentro de los Radicados Nos. 25713 del 6 de diciembre de 2006, 32505 del 17 de febrero de 2009 y 35790 del 25 de mayo de 2010 y sentencia SL 6441 del 15 de abril de 2015,

al indicar que la celebración de contratos con dichas cooperativas, no puede ser utilizado para ocultar la existencia de una relación de trabajo con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales que se causen.

En igual sentido, la Corte Constitucional ha precisado:

“Es posible afirmar que cuando se utiliza la cooperativa de trabajo asociado para ocultar una verdadera relación laboral, en la que el cooperado no desempeña sus funciones directamente en la cooperativa, sino que presta un servicio a un tercero, quien le da órdenes y le impone un horario de trabajo, es evidente la existencia de la subordinación propia de una relación laboral. Situación que contraviene los supuestos legales que las regulan. Esto significa que al presentarse una intermediación se convierte el vínculo cooperativo en una verdadera relación laboral entre el asociado cooperado y la cooperativa, al generarse el factor de subordinación en la realización de una labor en favor de otro. En consecuencia, es claro que nace un contrato realidad y, por tanto, la jurisdicción laboral es la competente para conocer de las controversias que se generan dentro de la relación horizontal (empleador-empleado). Asimismo, la jurisprudencia ha desarrollado algunos aspectos que permiten identificar cuándo la relación cooperativa muta en una laboral. Destacando, por ejemplo, (i) el condicionamiento del pago del aporte al cumplimiento de las condiciones señaladas, bien por la cooperativa o por un tercero; (ii) uso del poder coercitivo (disciplinario) sobre el asociado; (iii) la dependencia y subordinación del asociado en relación con el tercero al que deberá prestar sus servicios, así como las condiciones de trabajo. (T-173-2011).

Siendo ello así, se tiene que según el artículo 24 del CST, *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, de donde se colige que basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende, del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en las sentencias con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014, donde puntualizó:

“Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”

Al verificar si se acredita la prestación personal del servicio de la demandante para con las demandadas, **el representante legal de SERVICOPAVA** señaló que el demandante se vinculó a la CTA mediante un convenio de asociación, desempeñándose como auxiliar de operaciones terrestres, el cual culminó el 1° de abril de 2016, por mutuo acuerdo, al igual que los trabajadores asociados adscritos al proceso de AVIANCA trabajaba por turnos, sin que el accionante tuviera un horario fijo. Expone que la CTA tenía un servicio contratado con AVIANCA de soporte en procesos y subprocesos no misionales de la aerolínea, como por ejemplo el cargue y descargue de maletas de la rampa a la bodega del avión, así como algunas eventualidades de limpieza al interior de la aeronave. Finalmente, aduce que existían unos coordinadores de la cooperativa para la empresa cliente y que afilió al accionante al sistema de seguridad social y caja de compensación familiar, dada la obligación que tiene con sus trabajadores asociados.

AVIANCA a través de su representante legal, afirmó que el accionante nunca ha sido trabajador de la compañía.

LUIS RICARDO BOTACHE ROJAS expuso que fue compañero de trabajo del actor, cuya función era el cargue y descargue de equipajes, parquear el avión, descargarlo, cargarlo y llevarlo al área de remolque y así realizar las actividades relacionadas con el equipaje. Señala que no sabe bien quien era el encargado de vigilar al accionante, ya que había muchos líderes, quienes tenían contrato con la CTA. Expone que devengaban un salario básico, más auxilio de transporte, horas extras, dominicales, festivos y alimentación. Menciona que trabajaban de domingo a domingo, por cuanto los domingos eran rotativos, cada mes variaba, al igual que tenían turnos. Expone que tenían un carne de AVIANCA que les daban al ingresar, para descuentos en almacenes, como también les suministraban tiquetes y parqueadero. Finalmente, afirma que la CTA cada año les pagaba una compensación anual y una semestral cuando se daban las primas.

ESTIVEN GARCÍA expuso que fue compañero del demandante y durante el tiempo que lo fueron, indica se evidencia, una labor directamente para AVIANCA, en tanto las labores eran en el área de selección de equipajes de los vuelos de esta, manipulaban los carros de portaequipajes, relacionaban el

equipaje en planillas para tener un control, entre otros. Sostiene que la labor del demandante era supervisada por el líder de plataforma y un líder de selección de equipajes, quienes también tienen subordinación de un funcionario de AVIANCA, quien además hacía un control en el área de equipaje, relacionado con que se manipulara correctamente según el manual de operaciones, lo cual era realizado por JAVIER ALARCÓN de AVIANCA, cuyo rol era el de supervisor de conductas seguras en plataforma y el uso de los elementos de protección. Finalmente, expone que los turnos aparecían reflejados de forma física en el aeropuerto en una cartelera, como también se los enviaban a una herramienta tecnológica.

MARLENY INFANTE PRADA indicó que conoció al demandante porque lleva vinculada con la CTA desde el año 2005, ella manejó el proceso de AVIANCA, además de conocerlo por vista de los procesos que tiene a su cargo desde el ingreso de este en agosto de 2012 hasta que se hizo la transacción en el año 2016, pues a directora administrativa de SERVICOPAVA. Expone que el pago se le hacía quincenal con abono a la cuenta de nómina y se le cancelaban unas compensaciones ordinarias, extraordinarias, auxilio de alimentación, transporte, como también se le efectuaban los descuentos por concepto de aportes a la seguridad social. Afirma que los horarios eran por turnos rotativos y se le pagaban horas extras cuando las causaba y los turnos eran fijados por la CTA con el interventor que tenían para el contrato. Menciona que la supervisión del demandante se hacía a través de un coordinador administrativo, adicional, existían unos supervisores que eran líderes de servicio rotativos por seguridad de la operación. Finalmente, señala que el accionante tenía funciones de cargue y descargue de equipaje, como también pudo ejecutar actividades de limpieza, pero no puede decir concretamente cuantos días ejecutaba esas funciones, pues eran rotativas, los carne eran entregados por la cooperativa y existían dos uno de SERVICOPAVA y otro que se tramitaba por la Aerocivil con el interventor del contrato, al igual que el actor efectuó el curso de cooperativa con énfasis en trabajo asociado.

JAVIER ALARCON empleado de AVIANCA, sostuvo que conoció al demandante de vista porque trabajaba para SERVICOPAVA en el aeropuerto, en el área de selección de equipaje y era supervisado por líderes de selección que también son trabajadores de la CTA, sin que existiera personal de

AVIANCA supervisando esas labores. Indica que no le dio órdenes al accionante y había una persona de AVIANCA encargada de efectuar la interventoría respecto del contrato celebrado entre la empresa y SERVICOPAVA. Manifiesta que él manejaba era la encargada de emitir los boletines con los estándares que se deben cumplir a nivel de la aerolínea, por lo que debían hacer seguimiento de cómo se ejecutaban las labores y si existían una anomalía, se hacía un reporte que se enviaba al coordinador del contrato de la CTA para que este a su vez, efectuara el ajuste.

Así mismo, se aportó copia de las ofertas de servicio mercantil y contratos de comodato precario, suscritos entre las aquí demandadas (fls. 178 a 559), cuyo objeto en tratándose del primero, es ofrecer servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos a través de la designación de asociados a las posiciones que se consideran necesarias para el apoyo efectivo en la ejecución en la ejecución de los procesos descritos; mientras que el segundo, data del préstamo de uso de los bienes muebles que allí se relacionan.

De lo anterior se colige que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio del demandante para con las demandadas, recayendo a su favor la presunción de que trata el artículo 24 del CST, quedando a cargo de las demandadas, desvirtuar la misma.

Conforme a ello, es claro que las accionadas contrario a lo señalado por el a quo, no lograron desvirtuar tal presunción en la medida que el accionante prestó sus servicios en las instalaciones de AVIANCA ubicadas en el aeropuerto y puente aéreo, junto con las herramientas que si bien fueron dadas en comodato a la CTA, lo cierto es que eran de propiedad de la empresa, a más que era esta junto con el coordinador o líder de la CTA quienes establecían los turnos que debía ejecutar el accionante; de ahí que no se pueda decir que SERVICOPAVA era quien los fijaba, pues ello lo hacía en compañía de AVIANCA.

Ahora, si bien el actor celebró un convenio como trabajador asociado de la CTA, lo cierto es que sus labores fueron desarrolladas en virtud de un contrato de trabajo, pues no se demostró que el actor ejerciera actos como trabajador cooperado, en tanto no se evidencia que participara de las utilidades de la

CTA, asistiera a reuniones como asociado, tuviera voz y voto en la toma de decisiones y fuera capacitado, además que carecía de autonomía e independencia para la ejecución de su labor, habida cuenta que estaba sujeto a los lineamientos de la CTA y por ende de AVIANCA, pues ésta última quien supervisaba a forma en que se prestaba el servicio

De suerte que resulta evidente, que el actor prestó sus servicios para AVIANCA a través de la CTA, actuando esta como un intermediario, pues las labores desarrolladas por el demandante hacían parte del objeto social de la compañía, el cual se circunscribe entre otros, en la explotación comercial de los servicios de transporte aéreo en todas sus ramas, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios, en los que claramente se enmarca el cargue y descargue del equipaje, pues este data se un servicio aeroportuario que tiene que ver con los usuarios del servicio que presta AVIANCA.

Actividades que desarrolló en función del cargo de AUXILIAR DE OPERACIONES TERRESTRES, del 1° de agosto de 2012 al 1° de abril de 2016, devengando como salario el mínimo legal mensual vigente, según se desprende de los comprobantes de folios 22 a 35 y 561 a 566.

Prestaciones sociales, acreencias laborales e indemnizaciones

A folios 594 a 596, obra copia del contrato de transacción celebrado entre el actor, SERVICOPAVA y AVIANCA el 1° de abril de 2016, en el que las partes transan cualquier clase de diferencias derivadas del vínculo asociativo con la CTA y de la prestación de los servicios a AVIANCA, llegando a un acuerdo por la suma de \$16.503.828, imputable a cualquier derecho legal o extralegal derivado del convenio de asociación y a derechos inciertos y discutibles de carácter laboral que pueda reclamar a cargo de la cooperativa y/o la empresa que tuviere como causa directa o indirecta el convenio de asociación que existió entre las partes o la prestación del servicio, así como todo tipo de indemnizaciones.

De donde se colige, que en este evento, las prestaciones sociales, acreencias laborales e indemnizaciones derivadas de la relación laboral que aquí se discute, fueron materia de transacción por las partes, pues asó lo aceptó el

demandante quien, sea de paso advertir, no tachó de falso el documento, como tampoco lo desconoció y menos aún, alegó la existencia de un vicio en el consentimiento, como para inferir que este se encuentra viciado de nulidad.

Así las cosas, es claro que los derechos laborales causados a favor del actor dada la prestación del servicio en favor de AVIANCA en virtud de la intermediación de la CTA, fueron zanjados por las partes, con la transacción en comento, la cual, no abarcó derechos ciertos e indiscutibles.

Por lo anterior, pese a que se probara la existencia de un contrato de trabajo, no hay lugar a imponer condena alguna por concepto de prestaciones sociales, acreencias laborales e indemnizaciones, en la medida que, se itera, estas fueron objeto de transacción, en la que además, se convino la terminación del contrato por mutuo acuerdo, lo que de plano, deja sin sustento el despido indirecto alegado por el demandante.

Bajo ese entendido y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo en los términos ya anotados y se **ABSOLVERÁ** a la accionadas de las demás pretensiones de la demanda.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad parcial del recurso impetrado.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

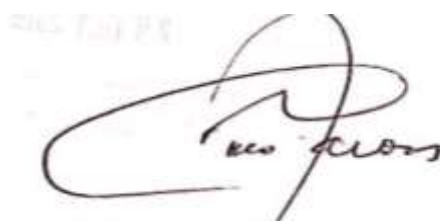
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR** que entre el demandante y AVIANCA S.A. existió un contrato de trabajo entre el

1° de agosto de 2012 y el 1° de abril de 2016, en el que SERVICOPAVA actuó como intermediaria dicha relación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FLOR YOLANDA PIÑEROS DE VELASQUEZ contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **FLOR YOLANDA PIÑEROS DE VELASQUEZ**, se **condene** a la demandada al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como beneficiaria del causante JIMMY ALEXANDER VELASQUEZ PIÑEROS, desde el 17 de febrero de 2013, junto con la indexación de las sumas adeudadas, intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho. Como pretensiones subsidiarias, solicita se **condene** a la accionada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes del referido causante (fls. 3 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que es la progenitora del señor JIMMY ALEXANDER VELASQUEZ PIÑEROS, quien falleció el 17 de febrero de 2013 y para ese entonces se encontraba afiliado

a PORVENIR, donde cotizó más de 50 semanas al RAIS dentro de los tres años anteriores al del fallecimiento, al igual que no era pensionado. Refiere que dependía del sostenimiento de su hijo, quien además no contrajo matrimonio, no tenía sociedad marital de hecho, ni hijos o cualquier otra persona además de ella, que dependiera económicamente de aquel. Finalmente, sostiene que el 24 de octubre de 2014 solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes sin que a la fecha haya recibido respuesta alguna al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PORVENIR se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 48 a 61). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2 a 5 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de mérito, presentó las de inexistencia de obligación a cargo de la entidad por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

De otro lado, en auto del 10 de abril de 2018 (fls. 88 y 89), se admitió el llamamiento en garantía respecto de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, quien contestó el introductorio (fls. 111 a 127) y se opuso a las pretensiones de este. En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 2° y no el constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de siniestro frente a la aseguradora por parte de la AFP, no cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la pensión de sobrevivientes, buena fe y prescripción.

Así mismo, en proveído del 6 de noviembre de 2018 (CD – fl. 168), se ordenó citar al señor **JOSÉ VICENTE VELASQUEZ RICO** como tercero interviniente, quien en escrito del 3 de diciembre de 2018 (fl. 179), manifestó bajo la gravedad de juramento que no desea solicitar la pensión de sobrevivientes a causa del fallecimiento de su hijo JIMMY ALEXANDER VELASQUEZ PIÑEROS.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de noviembre de 2019 (CD – fl. 189), **negó** las pretensiones de la demanda y **absolvió** de las mismas a la accionada, se **abstuvo** de realizar pronunciamiento alguno frente al llamamiento en garantía formulado por PORVENIR, **declaró** probadas las excepciones propuestas por la demandada y **condenó** en costas a la demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Fundamentó su decisión, indicando que en el presente asunto no se evidencia que la ayuda que proporcionaba el causante fue importante e indispensable para la subsistencia de la demandante, ya que de las declaraciones rendidas se denota que no dependía económicamente de su hijo sino que era su esposo quien atendía la subsistencia y de quien realmente dependía, pues como lo dijo la testigo Blanca, el causante le daba alguna suma de dinero para aquellos gastos de mujeres, para que no tuviera que pedirle al esposo, señalando que de esos gastos se puede prescindir sin que afecte el nivel de vida, tan así, que a la fecha José Vicente sigue asumiendo los gastos del hogar e incluso la hija a veces le da dinero para los gustos que le solventaba el fallecido. Expone que José Vicente era quien asumía los gastos de vivienda, aseo y alimentación y no Jimmy quien solo solo daba una colaboración en la medida de sus posibilidades de la que no puede decirse que dependía económicamente la señora Flor Yolanda, además que su nivel de vida no se vio amenazado al momento en que falleció su hijo, pues no puso en riesgo sus condiciones dignas de vida, sin que fuera dependiente de la ayuda o colaboración de su hijo; por lo que concluye se deben negar las pretensiones tanto principales como subsidiarias en la medida que todas ellas dependían que se probara la dependencia económica de la accionante para con el causante.

APELACIÓN

La demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que la Corte Suprema de Justicia en otras sentencias, diferentes a las enunciadas por el Juzgado, ha rememorado de manera precisa que el auxilio del buen hijo siempre es indiciario de una verdadera dependencia. Expone que se dijo por

parte de los testigos que su hijo la proveía de ropa, calzado y belleza, como también colaboraba con los gastos de mercado y servicios, desvirtuándose el argumento de la absolución y si bien el señor José Vicente menciona que no se ha visto menoscabada o mermada la situación de ella, también dijo que esos gastos ya no los cubría nadie, pues el único que los sufragaba era su hijo, además que no puede sufragar esos gastos aunque fueren suntuosos o esporádicos, al igual que contribuía con el mercado y le daba a pesar de su espontaneidad, \$200.000 o \$150.000. Finalmente, solicita se acoja las sentencias proferidas sobre el tema por la Corte, quien en casos de similares características, en los que las beneficiarias pese a tener ingresos e incluso pensiones, se les otorga la pensión de sobrevivientes.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la accionada tiene derecho a la pensión de sobrevivientes o en su defecto a la devolución de saldos, a causa del fallecimiento de su hijo JIMMY ALEXANDER VELASQUEZ PIÑEROS (q.e.p.d.), a partir del 17 de febrero de 2013, junto con los intereses moratorios y la indexación de las sumas adeudadas.

Pensión de sobrevivientes

Sobre el tema, es menester precisar que viene sentado por la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso, siendo ésta el 17 de febrero de 2013 (fl. 22), de ahí que para establecer quienes son los posibles beneficiarios de las prestaciones a que haya lugar, se debe acudir a lo normado en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la cual exige para acceder a la prestación, en tratándose de los padres, que estos dependieran económicamente del causante.

Conforme a ello, la Sala procede al estudio del material probatorio recaudado dentro del proceso, recordando que, en virtud de lo dispuesto en el Art. 167 del CGP, corresponde a la parte actora, demostrar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido y en

este caso, la dependencia económica, que supone “la necesidad de una persona del auxilio o protección de otra”.

De suerte que, quién dice ostentar la calidad de beneficiario de dicha prestación tiene que encontrarse subordinado o supeditado al ingreso que le brindaba el causante así no fuera de manera exclusiva, pero sí para salvaguardar sus condiciones mínimas de subsistencia y así demostrarlo, **recordando que la dependencia económica de los padres respecto de su hijo fallecido no tiene que ser total y absoluta, es decir, que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, éstos no los convierta en autosuficientes** (CSJ SL6390-2016 y CSJ SL11155-2017), para lo cual, se debe cumplir unos requisitos mínimos, tal como lo ha considerado la CSJ en sentencias SL 14923 de 2014 y SL 1519 del 9 de mayo de 2018, al indicar:

“... En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un grado cierto de dependencia, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo”.

*“De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, **debe contar cuando menos con los siguientes elementos: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia**”.*

“Así, la dependencia económica tiene como rasgo fundamental el hecho de que, una vez fallecido el causante y, por lo mismo, extinguida la relación de contribución económica hacia el presunto beneficiario, la solvencia de éste (sic) último se ve amenazada en importante nivel, de manera que pone en riesgo sus condiciones dignas de vida. Esto es, una persona es dependiente cuando no cuenta con grados suficientes de autonomía económica y su nivel de vida digna y decorosa está subordinada a los recursos provenientes del que fallece”.

Al constatar si se acredita tal requisito, se tiene que según el registro civil de nacimiento de JIMMY VELAQUEZ PIÑEROS (fl. 21), la señora FLOR YOLANDA PIÑEROS es su progenitora.

En igual sentido, se recepcionó el **interrogatorio de parte de la accionante**, quien manifestó que su hijo la ayudaba con todo, es decir, con la ropa y lo que necesitara en general. Refiere que en la casa además de su hijo, vivían otros tres hijos con su esposo. Aduce que Jimmy le colaboraba con los servicios y José Vicente le ayudaba con sus otros hijos y a ella no le colaboraba en nada y cuando no tenía trabajo pedía prestado y le pasaba dinero. Menciona que el causante se pagaba sus propias cosas, ganaba el mínimo y le daba alrededor de \$200.000 más los servicios que cancelaba y su esposo colaboraba con lo de la alimentación. Aduce que después que falleció su hijo, su esposo de pronto colaboraba en la casa y su hija a veces le daba dinero y antes del fallecimiento los gastos de la casa estaban a cargo de su esposo y su hijo colaboraba si faltaba algo de mercado, pero no todo el tiempo lo hacía. Afirma que el dinero que le daba su hijo los gastaba en ropa, zapatos y belleza y a veces sacaba por si hacía falta mercado y en la actualidad, esos gastos los asumió su esposo pero no todas las veces lo hace.

BLANCA CECILIA ALFARO DE PRIETO comadre de la accionante, manifestó que el causante al momento del fallecimiento vivía en la misma casa con la actora, el esposo y hermanos, el causante trabajaba al parecer en Cine Colombia y el esposo en bomberos pero ya es pensionado, al igual que los hermanos para ese entonces eran menores de edad. Refiere que José Vicente era quien tenía a su cargo los gastos del hogar y el mercado lo hacían entre este y Jimmy, al igual que le ayudaba para los servicios. Afirma que el causante le ayudaba a la demandante en sus gastos, tales como ropa y belleza, además de comprarle detalles para navidad, cumpleaños y ayudar en el

mercado. Expone que después del Fallecimiento de Jimmy, la actora está “frenada”, en tanto no estaba acostumbrada a pedirle a Vicente y por eso era que su hijo le aportaba dinero, para que no le pidiera a él, como también pagaba los servicios, uno por mes y si no tenía trabajo recurría a ellos para que el prestaran porque Vicente no le “perdonaba” sino le ayudaban.

ISIDRO PRIETO FORERO conocido de la accionante en tanto habitan en el mismo barrio, sostuvo que Jimmy cuando podía le daba al papá de lo que ganaba para ayudar a pagar los servicios y el impuesto de la casa, pero sino podía Vicente era quien los sufragaba, al igual que este era quien compraba el mercado y el causante le ayudaba. Menciona que Jimmy le ayudaba a la demandante con las cosas de aseo y belleza y a veces la invitaba a comer. Finalmente, afirma que después del fallecimiento de Jimmy, Vicente cubre lo que el causante le sufragaba a su señora madre, lo cual ocurría incluso si no tenía trabajo, sin que la muerte de Jimmy haya cambiado la calidad de vida de la accionante.

JOSÉ VICENTE VELÁSQUEZ RICO esposo de la demandante y padre del causante, quien para la fecha del fallecimiento vivía en la casa con ellos y sus otros hijos. Refiere que él asumía los gastos de la casa y su hijo le colaboraba con el mercado y los gastos de la mamá, pues era especial con ella, como también una parte de los servicios los pagaba él y la otra Jimmy, sin que sus otros hijos le ayudaran en tanto estaban estudiando. Sostiene que los gastos que asumía el causante respecto de la accionante, era lo relacionado con belleza, zapatos, ropa y le reglaba dinero, pues ocasionalmente le daba \$200.000 o \$300.000, lo cual invertía en sus gastos personales. Sostiene que cuando su hijo falleció, el asumió los gastos de la accionante, pues si bien es pensionado, no le alcanza para los gastos de sus 4 hijos y 2 nietos, por lo que cuando puede le colabora, al igual que la calidad de vida de su esposa bajó un poco en tanto le toca abstenerse de muchas cosas. Menciona que Jimmy por decisión propia le colaboraba con los servicios y cuando aquel estaba desempleado, él le ayudaba con lo de los buses. Finalmente, indica que no solicitó la pensión ya que es pensionado y con lo que percibe puede vivir, mientras que su esposa tiene gastos y por eso ellas es la que la pide.

En ese orden de ideas y analizadas las declaraciones reseñadas, encuentra la Sala que le asiste razón al a quo en establecer que en el presente asunto no se demostró la dependencia económica de la actora respecto de su hijo, pues si bien no se discute que este le colaboraba, lo cierto es que el dinero que le proporcionaba no era para su manutención, pues el mismo estaba encaminado a tener atenciones con ella, tales como ropa, calzado y aspectos relacionados con belleza, pues así lo afirmaron los testigos e incluso el padre del causante en sus declaraciones, sin que esa ayuda estuviera destinada a cubrir si quiera, parte de su mínimo vital y subsistencia, pues cuando no tenía empleo era su padre quien los sufragaba, aunque no fuera con la misma periodicidad con la que lo hacía el fallecido.

Ahora, si bien el causante colaboraba con algunos servicios y con lo que se necesitara de mercado, ello no era exclusivamente para la manutención de su señora madre, pues como lo afirman los testigos, quien estaba a cargo de dichos gastos era su padre José Vicente, quien la mantenía a ella y a su demás hijos; luego la ayuda que pudiera prestar Jimmy lo era en favor de todos los que residían en la casa, esto es, además de sus padres, sus hermanos y sobrino.

De donde se colige, que la colaboración o dinero que JIMMY VELASQUEZ (q.e.p.d.), le daba a la accionante, no constituía un verdadero soporte o sustento económico para ella, pues como se dijo, esa ayuda estaba destinada a ropa, calzado, belleza y atenciones, al igual que el dinero que proporcionaba para servicios y mercado, lo era para ayudar a su padre con la manutención del hogar, conformado por los demás miembros de la familia.

Así las cosas, como quiera que la accionante no acreditó su calidad de beneficiaria tanto de la pensión de sobrevivientes como de la devolución de saldos, pues para ambas se requería probar el presupuesto de la dependencia económica, es por lo que sin más consideraciones se **CONFIRMARÁ** el proveído de primer grado.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandante.

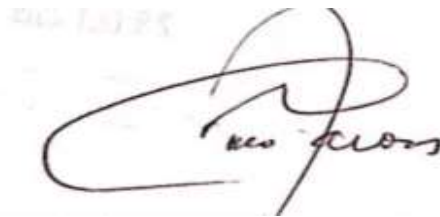
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

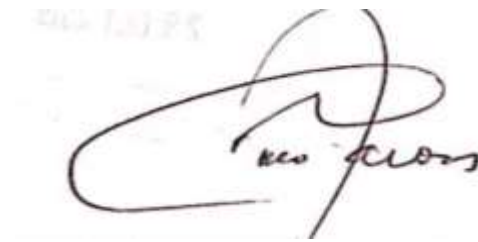


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

(Salva voto)

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante, la suma de \$300.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS EUDORO GÓMEZ MATEUS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **CARLOS EUDORO GÓMEZ MATEUS**, se **declare** la existencia de un vicio del consentimiento que indujo a error en su afiliación a PORVENIR y por ende, la invalidez del acta o formulario de afiliación a esta. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PORVENIR realice la devolución de los aportes al RPM administrado por COLPENSIONES, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fls. 4 y 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 5 a 7), señaló que nació el 7 de mayo de 1956 y cotizó al ISS hoy COLPENSIONES del 7 de marzo de 1986 al 1° de abril de 1997. Refiere que se trasladó al RAIS a través de PORVENIR, a lo que el promotor del fondo lo indujo a trasladarse,

indicándole que el ISS estaba quebrado, que ello eran un fondo privado donde ofrecían una alta rentabilidad y constantes rendimientos para lograr para lograr una cuantía superior a la que le correspondería en el Instituto, encontrándose en la actualidad afiliado a PORVENIR. Finalmente, aduce que 5 y 3 de mayo de 2017, elevó reclamación ante las demandadas.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 64 a 67), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2 y 9 y no le constan los demás. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo o debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PORVENIR se opuso a las pretensiones del introductorio (fls. 102 a 112). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 8 y 10 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

PROTECCIÓN contestó la demanda (fls. 157 a 163), oponiéndose a sus pretensiones. Sobre los hechos, no le constan en su totalidad. Presentó las excepciones de validez de la afiliación con SANTANDER hoy PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción.

OLD MUTUAL contesto el introductorio, en el que manifiesta que no se opone ni allana a las pretensiones de este (fls. 184 a 188). En cuanto a los hechos, acepta el contenido en el numerales 1° y no le constan los demás. No propuso excepciones.

COLFONDOS se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 194 a 211). Respecto a los hechos, acepta el contenido en el numeral 1° y no le constan los demás. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa,

buena fe, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho, inviabilidad del traslado de régimen pensional, compensación, pago, prescripción, mala fe del demandante, obligación a cargo exclusivamente de un tercero e inaplicabilidad legal.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 18 de noviembre de 2019 (CD – fl. 247), **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS el 19 de enero de 2000, **condenó** a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el actor junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por administración, **condenó** a COLPENSIONES a aceptar el traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas y **condenó** en costas a las demandadas excepto a COLPENSIONES a razón de un 25% para cada uno, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Fundamentó su decisión, indicando que de tiempo atrás se ha venido sosteniendo que en este tipo de procesos en los que se pretende la declaratoria de nulidad del traslado, esta debería ser estudiada bajo la óptica del artículo 1741, 1743 y 1750 del C.C., concluyendo que el acto jurídico del cual se pide la nulidad adquiere firmeza cuando trascurren 4 años o mas desde su realización por tratarse de una nulidad relativa por fundamentarse en un vicio del consentimiento, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia concluyó que en este tipo de casos, lo que debe revisarse es que si el acto jurídico con el que se realizó el traslado de régimen resulta o no ineficaz, pues para que se entienda que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la entidad administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen y a su vez lo beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó que brindó una asesoría informada que permita una manifestación de voluntad autónoma y consiente. Refiere

que analizado el caso en concreto, se encuentra el formulario de afiliación en donde se encuentra la casilla denominada voluntad de la afiliación, con rubrica del demandante y en la que se hace constar que la selección del RAIS ha sido efectuada de forma libre, espontánea y sin presiones, sin que se evidencie si le informaron las características propias del régimen pensional al cual se iba a afiliar, esto es, las ventajas y desventajas del mismo sobre su derecho pensional, correspondiendo la carga de la prueba al fondo de pensiones al cual se efectuó la primera afiliación, esto es a COLFONDOS quien no acreditó que en el año 2000 le haya dado al demandante toda la información suficiente para tomar una decisión debidamente informada, ello por cuanto si bien el formulario de afiliación se encuentra debidamente suscrito no se acreditó que se le haya informado sobre las características propias del RAIS con las diferencias respecto del RPM, por lo que considera no existió un consentimiento debidamente informado, razón por la cual sostiene, se debe declarar la ineficacia del traslado, pese a que se haya trasladado entre distintas AFP, pues permaneció en el error durante el tiempo, sin que se le hayan explicado por parte de las otras administradoras tales aspectos.

APELACIÓN

PORVENIR interpuso recurso de apelación, manifestando que la entidad no realizó el traslado de régimen que se discute, pues condenarla a trasladar las sumas por concepto de administración, generaría un enriquecimiento ilícito por parte del accionante, pues si bien se devuelven las sumas porque se declara la ineficacia de la afiliación, el demandante nunca hubiera obtenido rendimientos durante todo ese tiempo, además ese descuento está autorizado por la Superintendencia y no opera de manera caprichosa la administradora de manera diligente ha administrado los dineros provenientes del demandante y no tiene porque ahora devolver las cuotas de administración cuando ha generado los rendimientos, los cuales pese a que se encuentren dentro del capital, no por ello deben devolverse las cuotas de administración. En cuanto a los seguros previsionales, expresa que si bien no se utilizaron cumplieron con su obligación para ese momento que era cubrir los riesgos de IVM y por ello tuvieron que ser causados para ese entonces, de ahí que no pueda devolverlos en tanto ya han sido pagados.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si en virtud de la ineficacia del traslado que efectuó el demandante a la AFP COLFONDOS en enero de 2000 declarada por el a quo en la sentencia de primera instancia y sobre la cual, sea de paso advertir, no se presentó reparo alguno por las partes; PORVENIR que es la administradora en la que se encuentra afiliado en la actualidad, está obligada a trasladar a COLPENSIONES los dineros que obran en la cuanta de este incluidos los gastos de administración y si esta, dado el grado jurisdiccional que le asiste, está obligada a aceptar el traslado y recibir tales montos, al igual que se analizará la excepción de prescripción propuesta por el ente de seguridad social.

Consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen

Al respecto, es claro para la Sala que la aludida ineficacia implica que PORVENIR se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que

no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado como lo indicó el a quo, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, la AFP debe asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que el accionante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a COLFONDOS y al estar afiliado en la actualidad a PORVENIR, es claro que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros.

Conforme a ello y dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, en lo que se refiere a COLFONDOS, PROTECCIÓN Y OLD MUTUAL, estas, por las mismas razones expuestas en precedencia, también deban trasladar a COLPENSIONES lo relativo únicamente a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante durante el tiempo que permaneció afiliado a estas, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquel y que estarán a cargo del ente de seguridad social, como lo dispone las sentencias que sobre el tema, ha decantado la Corte.

Por lo que sobre estos aspectos y se itera, dado el grado jurisdiccional que le asiste a COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primer grado, en tanto omitió ordenar a PORVENIR el traslado de todos los emolumentos que se indicaron en líneas anteriores, como también a las demás administradoras, los rubros señalados en el párrafo anterior, a dicha administradora.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** y **ADICIONARÁ** la sentencia de primer grado, como se indicó en líneas anteriores y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de PORVENIR.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

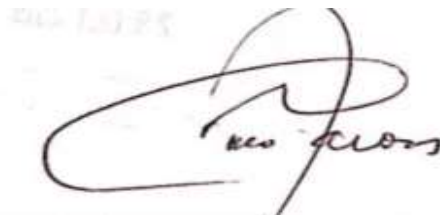
comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el proveído impugnado y consultado en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS, PROTECCIÓN Y OLD MUTUAL** trasladen a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, durante su permanencia en estas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

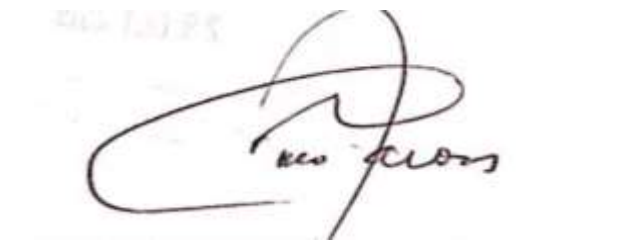


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AURA STELLA MORA POSADA
contra FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. vocera y administradora del
PAR CAPRECOM LIQUIDADO**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **AURA STELLA MORA POSADA**, se **condene** a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada, de conformidad con lo previsto en la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM y la celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló que laboró para CAPRECOM desde el 2 de noviembre de 1981 hasta el 27 de enero de 2017, desempeñando el cargo de técnico auxiliar II y devengando como último salario la suma de \$1.704.954. Expone que fue despedida sin justa causa el 23 de enero de 2017, para lo cual el liquidador de la entidad al momento de la culminación del vínculo no le canceló la indemnización

por despido sin justa causa, además que la entidad sabía que para esa fecha, no se encontraba disfrutando de ninguna pensión y menos aún, había sido ingresada a nomina por parte del fondo de pensiones. Refiere que al momento del despido se encontraba afiliada a SINTRACAPRECOM y a SINTRAUNICAP. Sostiene que al momento de su desvinculación existía una convención colectiva de trabajo vigente entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM, al igual que al momento de la liquidación del ISS este tenía una convención colectiva con SINTRASEGURIDADSOCIAL. Menciona que el liquidador de CAPRECOM debió aplicar la indemnización por despido contemplada en la convención del ISS por ser la más favorable. Finalmente, aduce que el 15 de marzo de 2017 agotó la reclamación ante FIDUPREVISORA, la cual le fue negada por esta el 31 de julio de la misma anualidad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR CAPRECOM LIQUIDADO contestó la demanda (fls. 127 a 137), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3, 4 parcial, 10, 11 y 19 a 21 y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de consideración sobre el proceso de liquidación de la extinta CAPRECOM y alegación de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobo de lo no debido y pago, cosa juzgada, inepta demanda por falta de requisitos formales y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de julio de 2019 (CD – fl. 160), **declaró** no probadas las excepciones propuestas por la demandada, **condenó** a la accionada a reconocer y pagar a la accionante la suma de \$123.805.244 de indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo, la cual deberá indexarse a la fecha de su pago y **condenó** en costas a la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$4.000.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandada adujo como justa causa para la terminación del contrato de trabajo de la demandante, el hecho que le había sido reconocida la pensión de vejez, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y lo dicho por la Corte Constitucional al respecto, al trabajador no se le puede dar por terminado el contrato hasta tanto la prestación no le haya sido reconocida e incluida en nómina de pensionados, sin que pueda considerarse que el simple acto de reconocimiento de por hecho la inclusión en nómina. Refiere que la demandada no logró demostrar la circunstancia aducida en la medida que no se allegó al expediente la resolución de reconocimiento pensional y si bien en la misiva de terminación se aduce que la resolución data del 26 de diciembre de 2016, lo cierto es que la accionada culminó el contrato el 23 de enero de 2017, es decir, no había transcurrido si quiera un mes, lo que significa que la accionada se precipitó en su decisión de dar por finiquitado el vínculo, pues sin duda, para esa data aún no había sido incluida en nómina de pensionados, lo que significa que para ese momento no estaba devengando la mesada pensional de ahí que en este caso se esté ante una terminación del contrato sin justa causa y por ende, hay lugar al pago de la respectiva indemnización. En cuanto a la normatividad aplicable para el pago de la indemnización, sostiene que en virtud de lo normado en el artículo 22 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM es procedente remitirse a la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS para la liquidación y pago de la referida indemnización, la cual teniendo en cuenta un salario de \$1.802.989 que incluye factores de base fija, incremento adicional por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de servicios, auxilio de alimentación y auxilio de transporte, arroja un indemnización de \$123.805.244, la cual deberá indexarse al momento de su pago, con base en la fórmula expuesta para ello por la Corte suprema de Justicia.

APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación, manifestando que la administradora de pensiones, reconoció la prestación el 26 de diciembre de 2016 lo que implica, que ante la comunicación de terminación del contrato el

27 de enero de 2017, se le comunica a la administradora que esa es la fecha de terminación y es la entidad la que la incluye en nómina en febrero, pues al estar frente a trabajadores oficiales que reciben ingresos del patrimonio público, no podía la administradora haberla incluido en nómina hasta tanto no se le informara sobre la terminación del contrato, pues de incluirla en enero aun estaría la actora recibiendo salarios, de ahí que la continuidad en los ingresos no quiere decir que pueda recibir salario y pensión en el mismo periodo, en tanto lo importante es que se acredite que no se afecta su mínimo vital y para este caso se encuentra demostrado, que en la carta de terminación la cual firmó la actora, ella sabía que se le había reconocido una pensión y que esta no había sido incluida en nómina en la medida que no podía percibir el salario y la pensión, pues el contrato finiquitaba el 27 de enero de 2017 y la práctica la inclusión en nómina tiene que ser en febrero y con efectos retroactivos desde dicha data. Finalmente, respecto a la liquidación de la indemnización, señala que no es dable dar aplicación a la convención colectiva del ISS, pues primero se debe acreditar las formalidades legales de ambas convenciones es decir, la de CAPRECOM y la del ISS, sumado que la Corte Suprema en sentencia de tutela 5775 de 2019, indica que el análisis del artículo 22 de la convención colectiva de CAPRECOM hace referencia a la forma en que se debe tramitar el pago de la indemnización y no de otra tabla de liquidación.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el contrato de trabajo que unió a la demandante con CAPRECOM terminó sin justa causa por parte de esta y si como consecuencia de ello, hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta para ello el artículo 22 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM y la celebrada entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que

es corroborado con la documental de folios 13 y 14 de donde se colige, que la señora AURA STELLA MORA POSADA laboró al servicio de CAPRECOM desde el 2 de noviembre de 1981 hasta el 27 de enero de 2017, desempeñando el cargo de técnico auxiliar II.

Indemnización por despido

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y lo dicho al respecto por la Corte Suprema de Justicia, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Así mismo, el párrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En efecto, a folio 13 aparece copia de la comunicación del 23 de enero de 2017, mediante la cual la demandada le informa a la demandante la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, aduciendo como justa causa que como quiera que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 389758 del 26 de diciembre de 2016 le ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez, le indica que la fecha de terminación del contrato con justa causa es la data en comento, en la cual culmina el proceso liquidatorio de la entidad, según el plazo señalado en el Decreto 2192 del 28 de diciembre de 2016.

Sobre el tema, el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, señala:

“Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.”

Norma ésta que fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 1073 de 2003, bajo el entendido que: *“siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”*.

Así mismo, el artículo 3° del Decreto 2245 de 2012 que reglamentó lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia en comento, indica:

“Artículo 3. Trámite en el Caso de Retiro con Justa Causa. *En caso que el empleador haga uso de la facultad de terminar el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, para garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de retiro y la fecha de la inclusión en la nómina de pensionados, el empleador y la administradora o entidad reconocedora deberán seguir el siguiente procedimiento:*

a) El empleador deberá informar por escrito a la administradora o a la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, con una antelación no menor a tres (3) meses, la fecha a partir de la cual se efectuará la desvinculación laboral, allegando copia del acto administrativo de retiro del servicio o tratándose de los trabajadores del sector privado, comunicación suscrita por el empleador en la que se indique tal circunstancia. La fecha en todo caso será la del primer día del mes siguiente al tercero de antelación.

b) La administradora o la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el literal anterior, deberá informar por escrito al empleador y al beneficiario de la pensión la fecha exacta de la inclusión en nómina general de pensionados, la cual deberá observar lo dispuesto en el literal anterior. El retiro quedará condicionado a la inclusión del trabajador en la nómina de pensionados. En todo caso, tratándose de los servidores públicos, salvo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y las excepciones legales, no se podrá percibir simultáneamente salario y pensión.”

Bajo ese entendido, debe precisarse que no se allegó por ninguna de las partes, copia de la Resolución GNR 389758 del 26 de diciembre de 2016 mediante la cual, la accionada aduce que COLPENSIONES ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez a la actora, a fin de establecer los términos en que se concedió la prestación, esto es, si se incluiría en nómina o si estaba condicionada a su retiro de la entidad.

Aunado a ello, si bien la accionante ostentaba la calidad de trabajadora oficial y por ende, la demandada debía avisar a la administradora en un plazo no menor a tres meses, la fecha en que sería retirada del servicio la demandante, lo cierto es que dada la expedición del Decreto 2192 de 2016 que dispuso el fin de la liquidación de CAPRECOM para el 27 de enero de 2017, es decir, en un mes, ello implicaba la obligación de la entidad de avisar al ente de seguridad social de manera inmediata tal situación, empero, no lo hizo y por el contrario, 25 días después informó a la accionante la decisión de culminar el vínculo aduciendo justa causa, sin seguir el trámite previsto en el mencionado decreto.

De otro lado, es claro la demandada sabía que para la fecha en que se extinguía de manera definitiva la entidad, la accionante no alcanzaba a quedar incluida en nómina, más aún si no avisó a la administradora tal circunstancia; luego era evidente que no podía culminar el vínculo alegando esa causal y menos la extinción de la entidad, pues en este último caso si bien se trata de una causa legal se torna injusta, como así lo dijo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 50684 del 24 de enero de 2018, en la que hace alusión a la SL 603 del 25 de enero del 2017 radicado 61091 y SL 649 del 27 de enero del 2016 radicado 49595 en las cuales cita la SL – 579 de 2014, indicando:

“La discusión a la que se hace referencia ha tenido por parte de esta Sala múltiples y uniformes pronunciamientos en el sentido de señalar que no obstante haberse extinguido, de manera unilateral por la entidad o en liquidación o en reestructuración la relación laboral que trabó a las partes, en atención a razones de orden legal, tal circunstancia no se halla dentro de las causales establecidas por el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945 como «justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo» y en virtud a ello, es decir, al carácter taxativo de la disposición no es posible valorar de justa la señalada causa legal.”

(...)

“Se infiere de lo anterior que, cuando se hace referencia al despido sin causa justa, no se excluye al que se opera, por decisión unilateral del empleador, con autorización legal distinta a la que establece las justas causas de despido, porque no se puede equiparar la legalidad de la terminación del vínculo con el despido precedido de justa causa. De tal suerte que aun cuando, para el sector oficial, el artículo del Decreto 2127 de 194 (sic) establece los modos de finalización del vínculo laboral, únicamente constituyen justa causa, como ya se expresó, los

consagrados en los artículos 16, 48 y 49 del mismo decreto, aludidos también en el literal g) del citado artículo 47.”

De suerte que, no cabe duda para la Sala que la terminación del contrato que unió a las partes lo fue sin justa causa.

Ahora, en cuanto a la procedencia de la indemnización por despido, la cual según la demandante, se debe dar aplicación al artículo 22 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM para la vigencia del 1° de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2013 y que por ende, se debe otorgar contemplada en el acuerdo convencional suscrito entre SINTRASEGURIDADSOCIAL y el ISS; se tiene que dicha norma, señala:

“ARTÍCULO 22: INDEMNIZACIONES.

En el evento que se disuelva o liquide CAPRECOM, las indemnizaciones a los trabajadores oficiales, serán tramitadas en los términos más favorables que establezcan la legislación laboral con la experiencia más cercana de Entidades del sector oficial del orden nacional.” (Subrayado de la Sala)

De la lectura del texto convencional se colige, que el mismo hace referencia a “los términos más favorables que establezcan la legislación laboral”, sin que dentro de esta se encuentren las convenciones colectivas de trabajo suscritas por entidades del sector oficial del orden nacional como lo indica el apelante.

Ello, teniendo en cuenta que la convención colectiva de trabajo es un acto jurídico celebrado entre uno más patronos y uno más sindicatos con el cual finalizan o culminan de manera pacífica y amigable las negociaciones colectivas de estos y aquellos que comenzaron con la presentación del pliego sindical de peticiones a su respectiva contraparte., surgiendo cada estipulación de un acuerdo de voluntades entre las partes negociantes; de ahí que el artículo 467 del CST, la defina como: “*la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.*”

De ahí que, si bien las convenciones colectivas de trabajo constituyen una fuente del derecho, no por ello, adquieren la categoría de Ley nacional

expedida por el congreso de la república, máxime si su aplicación es restringida, como lo prevén los artículos 470 y 471 del CST, a saber:

“ARTICULO 470. CAMPO DE APLICACIÓN. *Las convenciones colectivas entre empleadores y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato.*

ARTICULO 471. EXTENSION A TERCEROS.

1. *Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados.*
2. *Lo dispuesto en este artículo se aplica también cuando el número de afiliados al sindicato llegare a exceder del límite indicado, con posterioridad a la firma de la convención.”*

Mientras que la Ley, se encuentra definida en el artículo 4° de la Ley 57 de 1887, como: *“una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.”*

Bajo ese entendido, es claro que cuando la norma convencional se refiere a legislación laboral, quiere decir las leyes en materia laboral expedidas por el congreso de la república, sin que dentro de estas se encuentren las convenciones colectivas de trabajo, pese a que estas, puedan contener disposiciones más favorables de la misma ley.

Ahora, si bien la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL establece una indemnización por despido sin justa causa más favorable que la contenida en la convención colectiva de trabajo celebrada entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM, lo cierto es que aquella, no puede aplicarse a la demandante, por remisión del artículo 22 ya citado, en tanto, como se dijo, dicho instrumento no se enmarca dentro la legislación laboral, es decir, de las leyes expedidas por el congreso en esa materia.

Finalmente, cabe destacar que en un caso de similares características a las aquí debatidas, la Corte Suprema de Justicia en proveído de tutela STL 5775 del 8 de mayo de 2019, expuso:

“En este orden, atendiendo la redacción de tal normativa y su sentido obvio y natural, es de advertir que el artículo 22 del acuerdo conciliatorio desde su vista gramatical, sistemática y teleológica y sin esfuerzo interpretativo alguno, indica que el querer de las partes -Sintracaprecom y Caprecom EICE- se circunscribió en que, al momento de ser liquidada la entidad, las indemnizaciones, entre ellas, la de despido sin justa causa solicitada en el sub lite, serían «tramitadas» en los términos más favorables de la legislación laboral con la «la experiencia más cercana de Entidades del sector oficial del orden nacional».

Obsérvese como la Real Academia de la Lengua Española define la palabra «tramitadas» de la siguiente manera: «Tramitar: hacer pasar un negocio por los trámites debidos».

De ahí se advierte que la intención de esta cláusula convencional no es otra que definir que en el momento en el que se disolviera o liquidara la entidad, el trámite de las indemnizaciones debidas a sus exempleados serían adelantadas con observancia de las reglas o pautas estipuladas en las normas laborales más favorables, teniendo en cuenta «la experiencia más cercana de Entidades del sector oficial del orden nacional», situación esta que a todas luces es disímil al alcance dado por el Tribunal convocado, autoridad que interpretó de manera errada el artículo en mención, pues consideró que se refería a la forma de liquidar las indemnizaciones y no al procedimiento con base en el que se adelantaría el trámite para su reconocimiento o pago, como se desprende del sentido obvio y natural de la lectura de la norma.

Y es que entenderla de otra manera constituiría un despropósito, pues sería tanto como recurrir a disposiciones de tantas cuantas entidades del sector oficial tengan convenciones colectivas, lo que desembocaría en escindir la norma convencional, documento que debe ser aplicado en su integridad”.

Así las cosas, pese a que la terminación del contrato de trabajo de la actora lo fue sin justa causa, no hay lugar al pago de la indemnización por despido en la forma solicitada en la demanda, esto es, con base en la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDADASOCIAL y el ISS por remisión del artículo 22 de la convención suscrita entre SINTRACAPREOM y CAPRECOM, motivo por el cual y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado y en su lugar, se **ABSOLVERÁ** a la demandada de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de la parte demandante, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

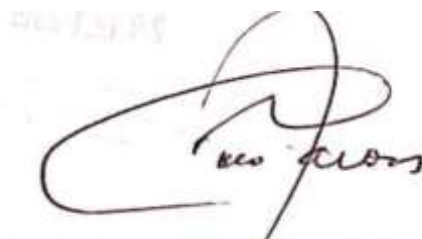
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

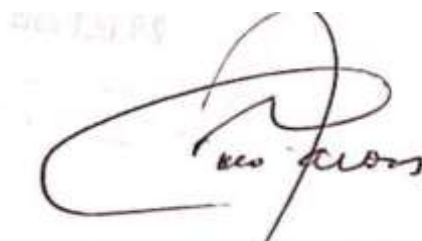
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandante, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ENA BEATRÍZ CHARRIS DE
GUTIÉRREZ contra FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. vocera y
administradora del PAR CAPRECOM LIQUIDADO**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ENA BEATRÍZ CHARRIS DE GUTIÉRREZ**, se **condene** a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada, de conformidad con lo previsto en la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM y la celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso (fl. 114).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 114 a 116), señaló que laboró para CAPRECOM desde el 21 de julio de 1997 a 27 de enero de 2017, desempeñando el cargo de secretaria ejecutiva y devengando como último salario la suma de \$2.523.503. Expone que fue despedida sin justa causa el 23 de enero de 2017, para lo cual el liquidador de la entidad al momento de la culminación del vínculo canceló parcialmente la indemnización por

despido sin justa causa, además que la entidad sabía que para esa fecha, no se encontraba disfrutando de ninguna pensión y menos aún, había sido ingresada a nomina por parte del fondo de pensiones. Refiere que al momento del despido se encontraba afiliada a SINTRACAPRECOM y a SINTRAUNICAP. Sostiene que al momento de su desvinculación existía una convención colectiva de trabajo vigente entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM, al igual que al momento de la liquidación del ISS este tenía una convención colectiva con SINTRASEGURIDADSOCIAL. Menciona que el liquidador de CAPRECOM debió aplicar la indemnización por despido contemplada en la convención del ISS por ser la más favorable, dejando de pagarle 205 días de salario. Finalmente, aduce que el 4 de agosto de 2017 agotó la reclamación ante FIDUPREVISORA.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. vocera y administradora del PAR CAPRECOM LIQUIDADO contestó la demanda (fls. 127 a 134), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 2 parcial y niega y no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción y mala fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de julio de 2019 (CD – fl. 150), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda, se **abstuvo** del análisis de los medios exceptivos propuestos por la accionada y **condenó** en costas al demandante.

Fundamentó su decisión, indicando que no se discute que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM la cual continua vigente en tanto no se probó que exista una posterior o que esta haya sido denunciada. Refiere que la convención colectiva de trabajo le es aplicable a las partes que suscribieron el convenio, quedando cobijados de ella las organizaciones sindicales que las suscribieron sin que llegue a extenderse a personas

ajenas a la relación contractual regida por el convenio colectivo, de ahí que al revisar la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRASEGURIDADSOCIAL y el ISS, se extrae que son beneficiarios esta el personal vinculado a la planta de personal del ISS afiliados al sindicato o que sin serlo, no renunciaran a los beneficios establecidos en ella, de donde se colige que el sindicato del que hiciera parte la accionante, haya participado en la firma del citado acuerdo convencional, como tampoco está demostrado en el proceso que la accionante haya prestado sus servicios al instituto que le permitiera hacerse acreedora a las disposiciones contempladas en el pacto convencional y si en gracia de discusión se llegara a contemplar la posibilidad de aplicarlo, debe tenerse en cuenta que el convenio colectivo no se encontraba vigente al momento de la terminación del contrato de trabajo de la accionante con CAPRECOM que tuvo lugar el 27 de enero de 2017, toda vez que el proceso de liquidación del ISS finiquitó el 31 de marzo de 2015, lo que devino a la extinción jurídica de dicha entidad y en consecuencia, igual suerte corrió la convención colectiva de trabajo. Finalmente, concluye que o se encuentra acreditado que la accionante se encontrara afiliada a SINTRASEGURIDADSOCIAL o a alguna de las organizaciones sindicales que lo integraban como para hacerse acreedora de la convención colectiva de trabajo suscrita entre aquella y el instituto, sumado a que la prerrogativa convencional (artículo 22) al referirse “*serán tramitadas*”, hace acotación a surtir una actuación y no que se deba remitir a otra convención para su liquidación.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que el Tribunal debe interpretar la norma convencional y estudiar las pretensiones de la demanda, como lo han hecho otras salas de decisión de dicha Corporación.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, en cuanto al recurso de apelación del accionante este se declarará desierto, en la medida que no fue sustentado en debida forma, por cuanto solo hizo alusión a que se debe interpretar la norma convencional como lo han hecho otras salas de decisión de este tribunal sin sustentar su dicho, con base en los argumentos dados por el a quo para proferir condena sobre ello.

Siendo ello así y en la medida que la sentencia resultó adversa a las pretensiones de la demandante, se estudiará la decisión proferida por el juzgador de primer grado en atención al grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del CPL; por lo que corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el contrato de trabajo que unió a la demandante con CAPRECOM terminó sin justa causa por pate de esta y si como consecuencia de ello, hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta para ello el artículo 22 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM y la celebrada entre SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el ISS.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, lo cual fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folio 2, de donde se colige, que la señora ENA BEATRÍZ CHARRIS DE GUTIÉRREZ laboró al servicio de CAPRECOM desde el 21 de julio de 1997 al 27 de enero de 2017, desempeñando el cargo de secretaria ejecutiva I.

De otro lado, según la liquidación final de prestaciones sociales de folio 2, a la accionante se le canceló entre otros emolumentos, la indemnización por despido sin justa causa, cuyo monto ascendió a \$66.094.126, basada en 7.027 días laborados.

Reajuste de la indemnización por despido sin justa causa

Al respecto, se tiene que el artículo 22 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM para la vigencia del 1° de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2013, señala:

“ARTÍCULO 22: INDEMNIZACIONES.

En el evento que se disuelva o liquide CAPRECOM, las indemnizaciones a los trabajadores oficiales, serán tramitadas en los términos más favorables que establezcan la legislación laboral con la experiencia más cercana de Entidades del sector oficial del orden nacional.” (Subrayado de la Sala)

De la lectura del texto convencional se colige, que el mismo hace referencia a “los términos más favorables que establezcan la legislación laboral”, sin que dentro de esta se encuentren las convenciones colectivas de trabajo suscritas por entidades del sector oficial del orden nacional como lo indica el apelante.

Ello, teniendo en cuenta que la convención colectiva de trabajo es un acto jurídico celebrado entre uno más patronos y uno más sindicatos con el cual finalizan o culminan de manera pacífica y amigable las negociaciones colectivas de estos y aquellos que comenzaron con la presentación del pliego sindical de peticiones a su respectiva contraparte., surgiendo cada estipulación de un acuerdo de voluntades entre las partes negociantes; de ahí que el artículo 467 del CST, la defina como: “*la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.*”

De ahí que, si bien las convenciones colectivas de trabajo constituyen una fuente del derecho, no por ello, adquieren la categoría de Ley nacional expedida por el congreso de la república, máxime si su aplicación es restringida, como lo prevén los artículos 470 y 471 del CST, a saber:

“ARTICULO 470. CAMPO DE APLICACIÓN. *Las convenciones colectivas entre empleadores y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato.*

ARTICULO 471. EXTENSION A TERCEROS.

1. *Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados.*
2. *Lo dispuesto en este artículo se aplica también cuando el número de afiliados al sindicato llegare a exceder del límite indicado, con posterioridad a la firma de la convención.”*

Mientras que la Ley, se encuentra definida en el artículo 4° de la Ley 57 de 1887, como: *“una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.”*

Bajo ese entendido, es claro que cuando la norma convencional se refiere a legislación laboral, quiere decir las leyes en materia laboral expedidas por el congreso de la república, sin que dentro de estas se encuentren las convenciones colectivas de trabajo, pese a que estas, puedan contener disposiciones más favorables de la misma ley.

Ahora, si bien la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL establece una indemnización por despido sin justa causa más favorable que la contenida en la convención colectiva de trabajo celebrada entre SINTRACAPRECOM y CAPRECOM, lo cierto es que aquella, no puede aplicarse a la demandante, por remisión del artículo 22 ya citado, en tanto, como se dijo, dicho instrumento no se enmarca dentro la legislación laboral, es decir, de las leyes expedidas por el congreso en esa materia.

Finalmente, cabe destacar que en un caso de similares características a las aquí debatidas, la Corte Suprema de Justicia en proveído de tutela STL 5775 del 8 de mayo de 2019, expuso:

“En este orden, atendiendo la redacción de tal normativa y su sentido obvio y natural, es de advertir que el artículo 22 del acuerdo conciliatorio desde su vista gramatical, sistemática y teleológica y sin esfuerzo interpretativo alguno, indica que el querer de las partes -Sintracaprecom y Caprecom EICE- se circunscribió en que, al momento de ser liquidada la entidad, las indemnizaciones, entre ellas, la de despido sin justa causa solicitada en el sub lite, serían «tramitadas» en los términos más

favorables de la legislación laboral con la «la experiencia más cercana de Entidades del sector oficial del orden nacional».

Obsérvese como la Real Academia de la Lengua Española define la palabra «tramitadas» de la siguiente manera: «Tramitar: hacer pasar un negocio por los trámites debidos».

De ahí se advierte que la intención de esta cláusula convencional no es otra que definir que en el momento en el que se disolviera o liquidara la entidad, el trámite de las indemnizaciones debidas a sus exempleados serían adelantadas con observancia de las reglas o pautas estipuladas en las normas laborales más favorables, teniendo en cuenta «la experiencia más cercana de Entidades del sector oficial del orden nacional», situación esta que a todas luces es disímil al alcance dado por el Tribunal convocado, autoridad que interpretó de manera errada el artículo en mención, pues consideró que se refería a la forma de liquidar las indemnizaciones y no al procedimiento con base en el que se adelantaría el trámite para su reconocimiento o pago, como se desprende del sentido obvio y natural de la lectura de la norma.

Y es que entenderla de otra manera constituiría un despropósito, pues sería tanto como recurrir a disposiciones de tantas cuantas entidades del sector oficial tengan convenciones colectivas, lo que desembocaría en escindir la norma convencional, documento que debe ser aplicado en su integridad”.

Así las cosas, como quiera que no es dable aplicar la convención suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL a fin de reajustar la indemnización por despido sin justa causa de la demandante, es por lo que sin más consideraciones se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este en esta instancia dado el grado jurisdiccional de consulta, en virtud a que el recurso de la parte actora se declaró desierto.

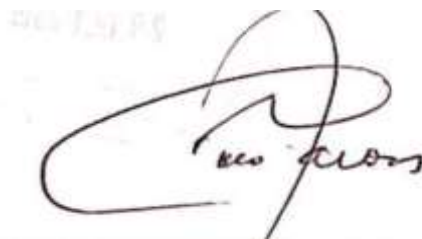
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', with a large, stylized initial 'L'.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', with a large, stylized initial 'D'.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized initial 'E'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALCIRA DEL CARMEN RODRÍGUEZ BELTRAN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ALCIRA DEL CARMEN RODRÍGUEZ BELTRAN**, se **declare** la nulidad del traslado del RPM a RAIS realizada el 1° de octubre de 2003 a través de la AFP PORVENIR. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene su retorno a COLPENSIONES, se **condene** a PORVENIR traslade los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional junto con los rendimientos causados a COLPENSIONES y a esta, a activar la afiliación al RPM sin solución de continuidad, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló que nació el 29 de octubre de 1965 y cotizó en forma interrumpida al ISS del del 1° de octubre de 1982 al 30 de marzo de 1999, un total de 681 semanas.

Sostiene que en octubre de 2003 ingresó a laborar a la Registraduría Nacional del Estado Civil y sin recibir información alguna, fue afiliada al RAIS. Refiere que no se le informó sobre las desventajas que traía el traslado, en cuanto a que se vería forzada a cotizar más años que los exigidos en el RPM, como tampoco que no se le podía garantizar que el valor de la mesada fuera mayor que el de prima media, ni que para alcanzar el derecho a la pensión, debía contar con una suma determinada de capital y que no podía trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para pensionarse. Menciona que el 5 de diciembre de 2017 solicitó el traslado de régimen, sin que a la fecha haya obtenido respuesta alguna. Finalmente, aduce que durante toda su vida laboral, ha recibido salarios por encima del salario mínimo legal mensual vigente, a lo que según la proyección efectuada por PORVENIR, su pensión a los 57 años de edad sería de \$982.000, afectando gravemente su mínimo vital.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 40 a 50). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 15 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

PORVENIR se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 78 a 86). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 15 y 16 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 24 de octubre de 2019 (CD – fl. 123), **absolvió** a las demandadas de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas a la

demandante, fijando como agencias en derecho, la suma de \$500.000 a favor de cada una de las accionadas.

Fundamentó su decisión, indicando que según el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 y contrario a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, no le es dable a las administradoras de pensiones, rechazar las afiliaciones de las personas que pretenden vincularse al RAIS a menos que no cumplan los requisitos para ello, esto es, las que se encuentran relacionadas en el artículo 61 de dicha norma, sin que la demandante se encuentre en alguna de ellas. Señala que para que pueda aplicarse la ineficacia, se requiere acreditar que se haya atentado de alguna manera contra el derecho del trabajador a la escogencia del régimen pensional, es decir, que se afecte su consentimiento libre y voluntario, lo que solo se puede lograr a través de la presencia de los conocidos vicios del consentimiento. Expone que en el expediente no se alude que se haya infringido fuerza respecto de la accionante al momento de la afiliación, es decir, que haya sido constreñida u obligada de alguna manera para la suscripción del formulario respectivo, como tampoco existió dolo en la medida que del escrito de demanda no se deduce que quien la acompañó en el proceso de afiliación efectuara maniobras tendientes a ocasionarle dolosamente un perjuicio o desplegara una conducta para causar ese daño y si bien la Corte en diversos pronunciamientos ha señalado lo pertinente en estos casos respecto de la inversión de la carga de la prueba, ello lo ha sido con el relativo al consentimiento informado y no con el dolo como vicio del consentimiento. Sobre el error como vicio del consentimiento, manifiesta que este se sustenta en la omisión de una información, para lo cual debía probarse que para la toma de la decisión esta se enmarca dentro de ese concepto como una equivocación o decisión que no debió haber sido tomada, exponiendo que en este caso la decisión no puede tomarse como un error, ya que en 1999 el ISS se encontraba en una crisis administrativa y financiera que implicaba que muchos de sus afiliados no accedieran a los beneficios prestacionales correspondientes, existía mora en la resolución de las peticiones de los afiliados y por ello se les obligaba a presentar acciones judiciales que demoraban en el tiempo al punto que los afiliados fallecían sin disfrutar de las pensiones a que tenían derecho, de ahí que la situación era tan crítica que en últimas generó la liquidación de la entidad y a sunción de

COLPENSIONES quien también entró en un estado crítico, tan así que la Corte Constitucional la relevó de cumplir con los términos para el reconocimiento de las prestaciones a su cargo; luego para ese momento, el ISS no era la mejor alternativa para permanecer, lo que generaba incertidumbre con la estabilidad del RPM, advirtiéndole que la actora hizo alusión en su interrogatorio a esa situación de crisis, lo cual fue uno de los motivos por los cuales optó al RAIS y si bien al momento del traslado contaba con un denso número de cotizaciones superiores a 650 semanas, no es menos cierto que si IBC era de \$592.500 lo cual equivalía a 2.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes que de haberse mantenido con el tiempo, llevaría a la conclusión que la accionante podría obtener una mesada pensional cuantiosa, a más que al momento de la presentación de la demanda, acreditaba alrededor de 1.140 semanas, de ahí que no pueda afirmarse que las diferencias eran mayúsculas, para deducir que su vinculación al RAIS fuera una decisión equivocada, por el contrario, considera que dentro de la prudencia de un buen padre de familia la accionante tomó una decisión acertada. Ahora, si bien con el paso del tiempo se presentaron variaciones en el salario, ello no afecta su decisión en la medida que esta se tomó en 1999, cuando esos salarios no existían. Destaca que la demandante adelantó estudios de derecho posteriores a su afiliación en donde recibió instrucción sobre el sistema de seguridad social en vigencia de la Ley 100 de 1993 y de la 797 de 2003, siendo además capacitada en una universidad prestigiosa en ese tipo de materias, luego se debió efectuar el estudio pertinente dentro de los plazos que tenía para adoptar la decisión correspondiente y si con el paso del tiempo participó en un concurso, que le garantizaba una mayor estabilidad laboral, sin que para ese momento pudiera trasladarse, era un riesgo que evidentemente no podía prever ni quiera la accionante y menos aún la persona que la estaba acompañando en el proceso de afiliación en 1999, toda vez que nadie tiene la facultad de saber lo que va a pasar en el futuro como para predecir que puede acontecer con el afiliado, de ahí que para la época no se les exigía a las AFP una proyección pensional, a más, que son se puede decir que no le explicaron las ventajas y desventajas cuando las características de ambos regímenes están en la Ley la cual es de público conocimiento. Finalmente, afirma que al no encontrarse probada la existencia de un vicio del consentimiento, es claro que no hay lugar a declarar la nulidad deprecada y si bien existen

pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia al respecto, no datan de sentencias de unificación, a más, que cada caso se tiene que estudiar de manera individualizada en tanto cada uno es distinto tanto en o fáctico como en lo probatorio y es por ello no se pueden adoptar en tanto este proceso es distinto a los que analiza dicha corporación.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, manifestando que si bien una de las razones que motivaron el traslado era el rumor que el ISS para esa época se iba a acabar, ello no quiere decir que el fondo no estuviera obligado a brindar la respectiva información como lo estipula el artículo 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993 y 97 del decreto 663 de 1993, esto es, la ilustración no solo de las características sino de las condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, además de la eventual pérdida de beneficios pensionales, al igual que al momento de la afiliación no era abogada, no tenía conocimiento del régimen pensional, pues era analista de cartera y o que hacía era analizar créditos y nada relacionado con temas de inversión pensional, lo que no quiere decir que haya tenido la ilustración al momento de la afiliación, por el contrario, dado ese rumor fue constreñida a afiliarse donde estaba protegiendo su posible derecho pensional. Expone que pese a que en ese momento no devengara los salarios que hoy percibe no quiere decir no quisiera tener en un futuro esas aspiraciones salariales, tanto así que se profesionalizó para eso y el hecho que haya efectuado estudios de derecho y recibido información al respecto, aún no estaba laborando, o cual no subsana la asesoría que se le debió brindar en su momento. Expone que hay un vicio del consentimiento cuando no hay información, como así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, cuando dice que la información debe ser clara atendido el deber del buen consejo; luego tenía que haberse efectuado una debida asesoría y si bien las características están en la ley, eso no quiere decir que las debía saber al momento de la afiliación o si le dijeron por lo menos que la norma existía y que contenía, pues ello implicaría que todas las personas al momento de afiliarse deban conocer la Ley. Finalmente, solicita se tengan en cuenta las sentencias emanadas de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello deben trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual y si esta, se encuentra obligada a recibirla junto con tales dineros.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia, debe abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado como lo expuso el a quo, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba

que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora ALCIRA DEL CARMEN RODRÍGUEZ BELTRÁN el 22 de enero de 1999 (fl. 88), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR, donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde octubre de 2003 a la fecha (fls. 100 a 103). Así mismo, de la historia laboral emanada de COLPENSIONES (fl. 56), se evidencia que cotizó al ISS de forma interrumpida desde el 1° de septiembre de 1984 hasta el 31 de enero de 1999.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 88 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues PORVENIR, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar

al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

De otro lado, en lo atinente a la publicación que milita a folios 105 y 106 efectuada en enero de 2004, debe precisarse que esta se realizó a nivel nacional, sin que se demuestre que la información allí contenida le haya sido dada a conocer a la actora de manera puntual, pues ello debió hacerlo personalmente en la medida que se trataba de su futuro pensional o por lo menos, asegurarse que tuvo conocimiento de la misma.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que PORVENIR se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de

ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primer grado y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciera la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

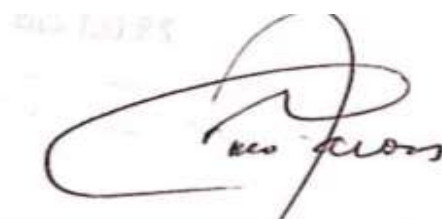
SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez reciba de la AFP los emolumentos indicados en el ordinal anterior, reactive la afiliación de la actora al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

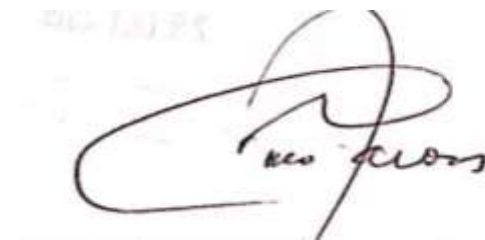


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA YOLANDA ZAPATA DÍAZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA YOLANDA ZAPATA DÍAZ**, se **declare** nula o ineficaz la afiliación efectuada al RAIS promovida por la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL, junto con las afiliaciones que hubiere efectuado en dicho régimen. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a PORVENIR que es la entidad en la que se encuentra afiliada en la actualidad, traslade a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás y a esta, a activar la afiliación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 6), señaló que nació el 8 de abril de 1964 y se afilió al ISS el 19 de septiembre de 1986 hasta el 31 de octubre de 1996. Refiere que la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL la persuadió en noviembre de 1997 para que se vinculara al RAIS,

aduciendo que era lo mejor que había en el mercado, que se podía pensionar en cualquier momento a cualquier edad y que la pensión se podía heredar. Sostiene que al momento del traslado había cotizado al RPM 420 semanas. Menciona que la AFP no le informó que sobre las características y naturaleza del RAIS, como tampoco le explicó las condiciones y requisitos legales que debía cumplir en ese régimen para acceder a la pensión, ni los riesgos tales como que el monto de la pensión dependía de los rendimientos financieros y el mercado bursátil, ni le dijo que sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía suscribir el formulario de afiliación, ni le puso en conocimiento escenarios comparativos de pensión entre los dos regímenes. Aduce que no le informaron sobre la posibilidad que tenía de devolverse al RPM o de retractarse de la afiliación, ni que la fecha de redención del bono pensional sería a la edad de 60 años. Expone que se afilió a PORVENIR en octubre de 2006, quien tampoco le indicó que antes de cumplir 47 años podía trasladarse, acreditando a la fecha más de 1450 semanas cotizadas. Indica que en noviembre de 2017 por su cuenta, contrató una asesoría para conocer el monto de la pensión, percatándose que la AFP le hizo tomar una decisión que la perjudicó. Finalmente, señala que el 12 de diciembre de 2017 solicitó a las AFP demandadas la ineficacia de su afiliación, la cual fue negada por estas y el 13 de diciembre de la misma anualidad pidió a COLPENSIONES la activación de su afiliación, quien a la fecha no ha emitido respuesta alguna al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 80 a 90), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3, 16 y 21 a 25 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, y prescripción.

OLD MUTUAL contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 125 a 132). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3, 21 y 22 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y pago.

PORVENIR se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 153 a 160). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 19 a 21, 23 y 24 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de octubre de 2019 (CD – fl. 185), **declaró** la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **condenó** a OLD MUTUAL y PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la accionante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, **ordenó** a COLPENSIONES a afiliarse nuevamente a la actora en el RPM y recibir las cotizaciones provenientes de las AFP, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a OLD MUTUAL y PORVENIR, incluyendo como agencias en derecho para cada una la suma de \$1.000.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandada OLD MUTUAL no cumplió con la carga de la prueba en acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, cuya carga correspondía a aquella como lo ha dejado la Corte Suprema de Justicia en su línea jurisprudencial, pues no obra prueba alguna en el plenario que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, pues la única prueba con la que el fondo demandado pretende demostrar la información otorgada a la accionante es la con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento le dio el asesor, por lo que de manera alguna debe tenerse en cuenta el consentimiento informado que debió manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Corte. Sostiene que esa carga

probatoria tampoco la suplió PORVENIR cuando la accionante se trasladó a esta en octubre de 2006, pues no se demuestra la debida asesoría dada a la demandante en la que se le explicara las características del RAIS, diferencias con el RPM ni las ventajas o desventajas de permanecer en este, al cual de haberse dado, hubiera sido oportuna para que se trasladara en cuanto aun no estaba inmersa en la prohibición de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que el hecho de no tener una expectativa legítima o ser beneficiaria del régimen de transición haga nugatorio derecho a solicitar la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información, como tampoco el hecho de haberse trasladado a otra AFP. Finalmente, expone que como no hay certeza que OLD MUTUAL haya trasladado a PORVENIR los dineros durante sus permanencia en esta, serán ambas AFP quienes deban trasladar los aportes a COLPENSIONES.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que no se puede alegar que haya una nulidad en el traslado debido a que se está ante un error en un punto de derecho que no vicia en consentimiento y cualquier otro vicio fue saneado dado que la demandante permaneció por más de 20 años en el RAIS, como tampoco se demostró que existiera coacción, por el contrario, obra documento en el que aparece que el traslado se hizo de forma libre y voluntaria con el cumplimiento de los requisitos legales que se exigían para ese momento, lo cual hace que el traslado sea eficaz.

A su turno, **PORVENIR apeló la decisión** señalando que el despacho dio por cierto que existió una nulidad cuando la parte no cumplió con la carga de probar que existió una causal que llevara a declararla, en tanto no se probó la existencia de un vicio en el consentimiento y que la entidad no hubiese cumplido con su deber de asesoría que le asistía al momento de su vinculación y si bien la única prueba que obra en el proceso en cuanto a la información brindada es el formulario de afiliación, también lo es que era el único documento que se exigía al momento de la vinculación y que fue diligenciado de forma libre y voluntaria por la demandante. Finalmente, indica que no se probó que no se hubiere dado dicha asesoría, luego no es posible exigirle que contara con una documentación que demostrara la asesoría prestada para

aquel entonces, pues fue solo hasta 2015 que se impuso la obligación de probar la asesoría, de ahí que se le esté endilgando una obligación con la que no contaba para el momento de la afiliación, sumado a que se probó que la actora sí conocía de las características del RAIS, al punto que permaneció en él.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, aquella y PORVENIR que es la AFP en la que se encuentra afiliada en la actualidad, deben trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comentario, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener

una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARÍA YOLANDA ZAPATA DÍAZ el 20 de noviembre de 1997 (fl. 134), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL; posteriormente, el 27 de octubre de 2006 se afilió a PORVENIR (fl. 172), donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde noviembre de 1997 a la fecha (fls. 136 a 145 y 162 a 169). Así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 92 y 93), se evidencia que cotizó a esta de forma interrumpida del 19 de septiembre de 1986 al 31 de octubre de 1996.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 134 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues PENSIONAR hoy OLD MUTUAL, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho que si bien la accionante se trasladó a PORVENIR, ésta no estaban obligada a subsanar la información que en su momento no le brindó PENSIONAR, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que a aquella solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra y si en gracia de discusión, se tuviera que estaba obligada a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite las afirmaciones contenidas en el formulario de afiliación, relacionadas con la asesoría brindada, máxime si en el de PORVENIR se dice que se le asesoró en cuanto al régimen de transición del cual se aduce es beneficiaria, cuando es claro que no ostenta esa calidad.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento, lo cual no puede suplirse por el traslado entre administradoras, en tanto la accionada estaba obligada a acreditar la asesoría brindada en ese momento sobre los aspectos relacionados en líneas anteriores; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como

así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP PORVENIR a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que OLD MUTUAL, también deba trasladar a COLPENSIONES lo relativo únicamente a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a esta, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social, como lo dispone las sentencias que sobre el tema, ha decantado la Corte, sin que esta, tenga que efectuar alguna devolución adicional a lo indicado, en tanto de la documental de folio 135, se evidencia que OLD MUTUAL el 19 de diciembre de 2006, realizó el traslado a PORVENIR de las sumas correspondientes a los aportes obligatorios a pensión.

Conforme a ello, se hace necesario MODIFICAR el ordinal segundo del proveído objeto de alzada y consulta, en la forma antes indicada.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primer grado como se indicó en líneas anteriores y de **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

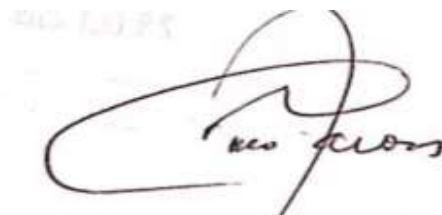
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada en el sentido de **ORDENAR** a **OLD MUTUAL** traslade a COLPENSIONES únicamente las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, durante su permanencia en la AFP PENSIONAR y a **PORVENIR**, trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, según las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', with a large, stylized initial 'L'.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', with a large, stylized initial 'D'.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

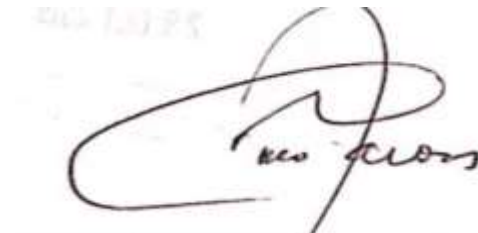
Magistrada

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized initial 'E'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text and a central emblem.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA MARGARITA PEÑUELA QUEBRAOLLA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **MARÍA MARGARITA PEÑUELA QUEBRAOLLA**, se **declare** la nulidad del traslado del RPM a RAIS realizada el 6 de junio de 1996 con COLMENA hoy PROTECCIÓN, el 26 de febrero de 2001 con COLFONDOS y el 14 de septiembre de 2010 con SKANDIA hoy OLD MUTUAL. Como consecuencia de lo anterior, solicita se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tenerla en el RPM como si nunca se hubiere trasladado, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 71).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 71 a 73), señaló que se trasladó del ISS a COLMENA hoy PROTECCIÓN el 6 de junio de 1996, sin que el asesor le brindara información, clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, como tampoco le hizo un

estudio particular de su situación, sino que la ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen. Refiere que el 26 de febrero de 2001 se trasladó a COLFONDOS y el 14 de septiembre de 2010 de esta a SKANDIA hoy OLD MUTUAL, quienes no le brindaron la información pertinente sobre los aspectos en mención. Sostiene que nació el 15 de septiembre de 1961 y que OLD MUTUAL le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida cotizando el 100% del tiempo y sin volver a cotizar, proyectando el valor de la mesada pensional a los 59 años de edad, arrojando una mesada pensional en ambos casos con garantía de pensión mínima, mientras que en el RPM sería de \$2.938.171, acreditando a 13 de marzo de 2018, 1.190 semanas. Finalmente, menciona que el 11 de mayo de 2018 radicó ante COLPENSIONES derecho de petición solicitando la nulidad del traslado, sin que a la fecha haya recibido respuesta alguna.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 82 a 100). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 4, 5, 7 y 14 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en administradoras de seguridad social del orden público.

OLD MUTUAL se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 128 a 143). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 7 y 9 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de prescripción y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

COLFONDOS contestó la demanda en la que se opuso a las pretensiones de esta (fls. 196 a 212). En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 4 y 5 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento,

validez de la afiliación al RAIS, obligación a cargo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPM y ausencia de vicios del consentimiento.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones del introductorio (fls. 217 a 231). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 4 y 7 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de noviembre de 2019 (CD – fl. 301), **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, **declaró** que el traslado de la demandante al RAIS administrado por las accionadas es ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, **declaró** que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPM a cargo de COLPENSIONES, quien tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad, **ordenó** a OLD MUTUAL traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la accionante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos e intereses una vez haya recaudado y recibido de las demás AFP tales rubros, **ordenó** a COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas y convalidarlos en la historia laboral para efecto de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional y **condenó** en costas a las demandadas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$800.000 para cada una.

Fundamentó su decisión, indicando que la demandante no contaba con 15 años cotizados a 1° de abril de 1994, sumado a que no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no tenía una expectativa legítima, sumado a que no cumple con las condiciones dadas por la Corte Constitucional para trasladarse en cualquier tiempo, de ahí que al momento del traslado, el asesor no estaba obligado a brindarle información en lo que al régimen de

transición se refiere. Refiere que del formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN, se observa que allí se consignó una información general respecto de la futura afiliada, sin que se hubiese plasmado alguna circunstancia en particular, como por ejemplo, la densidad de semanas que tenía cotizadas en ese momento al ISS y las implicaciones que tendría ese cambio de régimen, teniendo en cuenta las características y particularidades del RAIS, sin que se advierta que se le haya ilustrado de manera suficiente y completa acerca de las condiciones y características de ese régimen, pues seguramente la gestión del asesor para ese momento, estuvo encaminada a las ventajas sin advertirle de las diferencias sustanciales que tenía cada uno de los regímenes pensionales, como por ejemplo la forma de cuantificar un derecho pensional, la necesidad de efectuar unos aportes obligatorios y voluntarios, las distintas modalidades de pensión en el RAIS y las posibles desventajas de su traslado de régimen. Señala que lo que tenía que establecerse en este proceso es que la decisión de la demandante de cambiarse de régimen pensional y afiliarse al RAIS obedeció a una decisión autónoma y consiente como resultado de la información que le brindaron, lo cual se echa de manos, pues no se probó que tipo de información se le suministró, estando a cargo de la AFP la carga de la prueba sobre ese aspecto; de ahí que al no cumplirse con esa carga por ninguna de las AFP, considera, se debe declarar la ineficacia del traslado.

APELACIÓN

COLFONDOS interpuso recurso de apelación, manifestando que no se lograron probar los elementos fácticos y jurídicos de los cuales se derive una ineficacia de traslado, por el contrario, se tiene certeza que las afiliaciones se efectuaron conforme a las normas vigentes para cada afiliación y los formularios tuvieron un objeto y causa lícita, sin que hubiesen sido tachados de falso, además la demandante era legalmente capaz y no se probó ningún vicio en el consentimiento, sin que se pueda alegar el error como vicio en el consentimiento, ya que el artículo 1509 del C.C. estableció que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, al igual que debe tenerse en cuenta que las afiliaciones se realizaron de manera libre y voluntaria. Refiere que debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha indicado que

debe analizarse cada caso en particular y en el presente asunto se tiene certeza que a la accionante se le brindó una información suficiente, oportuna y veraz al momento del traslado, lo cual se verifica con los formularios de afiliación y con el interrogatorio de parte donde la actora confesó conocer algunas características del RAIS, como también debe tenerse en cuenta que la demandante ratificó su decisión inicial de traslado pues ha permanecido afiliada al RAIS por más de 20 años de manera libre y voluntaria, además de efectuar traslados horizontales, por lo que en el hipotético caso de haber existido un error en el consentimiento, este se habría saneado conforme lo prevé el C.C., sin que sea posible ordenar su traslado al RPM en la medida que se encuentra en curso en la prohibición de que trata el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993. Finalmente, aduce que tampoco se le puede ordenar devolver gastos de administración, por cuanto que el despacho desconoce que los descuentos se efectuaron conforme a la Ley, al igual que ha estado protegida para los riesgos de invalidez y muerte a través de los descuentos efectuados por los seguros previsionales.

OLD MUTUAL apeló la decisión, señalando que la AFP COLMENA al momento de realizarse la afiliación inicial, solo estaba en la obligación de diligenciar el formulario de afiliación, el cual contenía todos los requisitos exigidos, además de ser avalado por la entonces SUPERINTENDENCIA BANACARIA cumpliendo con todos los requisitos que para ese entonces exigía la Ley y decretos complementarios para realizar la afiliación al RAIS, sin que pueda perderse de vista que en este caso simplemente se pueda alegar que se echa de menos la prueba documental que derivó a la demandante a realizar el traslado, pues para esa época no se exigía soporte adicional al formulario de afiliación, donde constara la información que se le brindó como eran las diferentes modalidades de pensión o la manera en que causaba la pensión en cada uno de los dos regímenes, en tanto la asesoría se realizaba de manera verbal lo cual era permitido por la Ley, habida cuenta que solo fue posteriormente que se les exige a las AFP dejar documentada la asesoría que se le entrega a los potenciales afiliados, de ahí que deba tenerse en cuenta los interrogatorios de parte que rindieron los representantes legales de las AFP los cuales manifestaron las políticas que las entidades tenían al momento de realizar los traslados y que los asesores recibieron una asesoría completa sobre las características del régimen pensional, al igual que a los afiliados se

les daba una información completa y precisa para que tomaran una decisión consiente. Expone que no debe olvidarse que la accionante tenía la opción de regresar al RPM, empero realizó varios traslados entre administradoras con los cual ratifica su voluntad y deseo de permanecer en dicho régimen pensional, luego conocía de las implicaciones de estar afiliado a dicho régimen y en consecuencia opto por consolidar allí su derecho pensional. Finalmente, sobre la devolución de los gastos de administración, aduce que la actora al momento de afiliarse a esta, tenía 49 años de edad y se le brindó toda la información pertinente en cuanto al traslado entre administradoras, pues ya no tenía la posibilidad de retornar a COLPENSIONES, sumado a que ha estado amparada para los riesgos de IVM y en dado caso que se hayan dado alguno de esos sucesos, hubiese recibido junto con sus beneficiarios las prestaciones a que hubiere lugar, además, la AFP a efectuado su tarea de administradora de los dineros de la demandante con lo cual a hechos que se causen una serie de rendimientos financieros los cuales también se ordenan trasladar a COLPENSIONES, sin que se pueda perder de vista esa tarea que realizó de buena fe, partiendo que la cadena de traslados no venía viciada de alguna nulidad.

COLPENSIONES formuló recurso de apelación, argumentando que la obligación de informar se ha ido perfeccionando con el tiempo y para 1996 quedaba establecida para el afiliado cuando el mismo expresaba su voluntad de pertenecer a alguna de las administradoras, suscribiendo un formulario de afiliación en el que aceptaba la información que le había sido suministrada e indicaba su voluntad de pertenecer a alguna de las AFP, sin que se les obligara a documentar más allá de un formulario de afiliación la información suministrada a los afiliados, pues no es dable afirmar que como en el formulario de afiliación no se evidencian características particulares de los regímenes pensionales o aspectos particulares de los mismos, no se le brindó información, pues la única prueba que debe tenerse en cuenta para identificar los posibles vicios en el consentimiento o desinformación, son las declaraciones realizadas dentro del proceso, la demanda e inclusive en declaraciones extra juicio, dende se denota que se le suministró información sobre las características del régimen. Sobre la carga de la prueba en cabeza de las AFP, precisa que todos se presumen inocentes hasta que se demuestre lo contrario, de ahí que correspondía a la parte que afirma que existió un

engaño, probarlo y que la información no corresponde a la realidad y que la asesoría que se brindó, lo fue en aras de hacerla incurrir en un error, lo cual no se probó en el presente asunto por el contrario, se acreditó que conoce características propias del RAIS y que ello motivó su traslado de régimen. Menciona que este tipo de traslados promueven la desfinanciación del sistema, en tanto el RPM financia las pensiones de sus afiliados bajo un fondo común que es alimentado por todos los afiliados que si guardan una fidelidad al sistema, lo cual no se denota en el caso de la accionante, quien durante más de 20 años no ha ayudado a financiar las pensiones de las personas que han acreditado los presupuestos exigidos por la Ley para acceder a una pensión en el RPM. Finalmente, manifiesta que la entidad ha obrado conforme a una obligación legal que le imposibilita tener a la demandante dentro de sus afiliados, como quiera que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 le imposibilita tal situación.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, esta junto con las demás AFP en las que estuvo afiliadas, deben trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual y si esta, se encuentra obligada a recibirla junto con tales dineros.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del

cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora MARÍA MARGARITA PEÑUELA QUEBRAOLLA el 6 de junio de 1996 (fl. 3), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, posteriormente el 26 de febrero de 2001, se afilió a COLFONDOS (fl. 4) y el 14 de septiembre de 2010 a SKANDIA hoy OLD MUTUAL (fl. 5), esta última donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde junio de 1996 a diciembre de 2017 (fls. 144 a 154). Así mismo, de la historia laboral emanada de COLPENSIONES (fls. 59 y 60), se evidencia que cotizó al ISS de forma interrumpida desde el 11 de agosto de 1986 hasta el 30 de abril de 1996.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 3 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues COLMENA hoy PROTECCIÓN, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien la demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarla y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLMENA hoy PROTECCIÓN, pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que OLD MUTUAL se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Adicional a ello y en lo que tiene que ver con las sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración, como lo dispuso la Corte en el proveído en cita, las AFP deben asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, en este caso, los referidos gastos de administración, en la medida que la accionante nada tuvo que ver con la falta de información que se le endilgó en este caso a COLMENA y al estar afiliada en la actualidad a

OLD MUTUAL, es claro que dada la ineficacia de ese traslado inicial, las cosas vuelvan a su estado original y por ende, se deben devolver tales rubros.

Conforme a ello y dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, en lo que se refiere a COLFONDOS y PROTECCIÓN, estas, por las mismas razones expuestas en precedencia, también deban trasladar a COLPENSIONES lo relativo únicamente a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante durante el tiempo que permaneció afiliada a estas, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social, como lo dispone las sentencias que sobre el tema, ha decantado la Corte.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de la documental de folios 144 a 154 y 215, se denota que COLMENA hoy PROTECCIÓN trasladó a COLFONDOS los dineros que reposaban en su momento en la cuenta de la accionante y esta última a OLD MUTUAL, de ahí que ninguna de ellas deba trasladar a esta última ningún dinero, sino únicamente como se dijo, remitirán a COLPENSIONES lo relativo a los emolumentos enunciados en el párrafo anterior.

Por lo que sobre estos aspectos y se itera, dado el grado jurisdiccional que le asiste a COLPENSIONES, se modificará la sentencia de primer grado, en tanto omitió ordenar a OLD MUTUAL el traslado de todos los emolumentos que se indicaron en líneas anteriores, como también a las demás administradoras, los rubros en la forma señalada en precedencia.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia,

en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado como se indicó y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de COLFONDOS, OLD MUTUAL y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

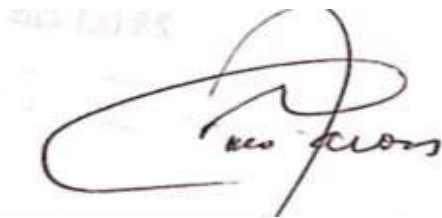
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia apelada en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS** y **PROTECCIÓN** trasladen a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, durante su permanencia en estas y a **OLD MUTUAL** traslade a COLPENSIONES, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alza y consulta.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS, OLD MUTUAL y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

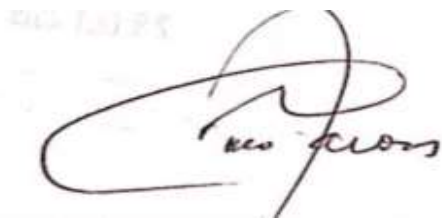


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLFONDOS, OLD MUTUAL y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE WENCESLAO GONZÁLEZ contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **WENCESLAO GONZÁLEZ**, se **condene** a la demandada a reconocer y pagar el incremento del 14% para su cónyuge, sobre la pensión de vejez, junto con el pago de la respectiva retroactividad mientras subsistan las causas que le dieron origen, la indexación de las sumas adeudadas y el pago de las costas y agencias en derecho (fl. 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 5), señaló que el ISS mediante Resolución 038305 de 2004 le reconoció la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2003, de conformidad con el Decreto 758 de 1990. Refiere que contrajo matrimonio católico el 16 de enero de 1961 con la señora HILDA GONZPALEZ DE GONZÁLEZ y con quien convive desde dicha data, además de depender económicamente de él, toda vez que no trabaja, no recibe pensión ni cotiza para ello, al igual que es su beneficiaria en el servicio de salud. Finalmente, sostiene que elevó derecho de petición el 29 de enero de 2018 ante al demandada solicitando los incrementos por personas a cargo, sin que a la fecha la entidad se haya pronunciado al respecto.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 24 a 41), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 2, 3 y 9 y niega y no le constan los demás. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción de los incrementos y sus intereses e inaplicabilidad del decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 10 de octubre de 2019 (CD – fl. 65), **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$50.000.

Fundamentó su decisión, indicando que la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló que los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron para todos aquellos que adquirieron su derecho a pensionarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 esto es, el 1° de abril de 1994 y en la medida que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2003, es por lo que de conformidad con la sentencia en cita, no le asiste derecho a reclamar los referidos incrementos, considerando que se debe absolver a la demandada de las pretensiones de la demanda, no sin antes advertir que recoge el criterio que antes tenía sobre ese tema y que encontraba sustento en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

CONSULTA

La parte de demandante no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor WENCESLAO GONZÁLEZ, conforme se infiere de la copia de la Resolución 038305 del 24 de noviembre de 2004 (fl. 14), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$659.050, a partir del 1° de octubre de 2003.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”*

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

"ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de*

*obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de octubre de 2003**, data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el accionante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

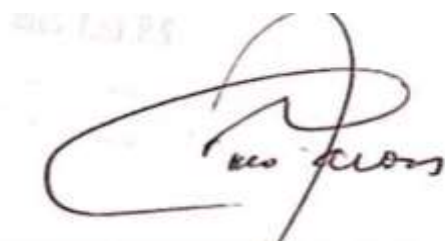
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de consulta, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', with a large, stylized initial 'L'.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho', with a large, stylized initial 'D'.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino', with a large, stylized initial 'E'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS FERNANDO FRANKY ZULUAGA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **CARLOS FERNANDO FRANKY ZULUAGA**, se **declare** la nulidad del traslado efectuada el 28 de diciembre de 1997 a la AFP COLFONDOS y la efectuada el 13 de mayo de 1999 a la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **ordene** a COLPENSIONES tenerlo como afiliado al RPM como si nunca se hubiera traslado, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló que se trasladó a la AFP COLFONDOS el 28 de diciembre de 1997, cuyo formulario presenta inconsistencias en la medida que no contiene la firma del empleador ni sus beneficiarios. Indica que el asesor no le brindó información

clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, sin que se le hiciera un estudio de su situación en particular, pues solo se le ilustró de las ventajas que obtendría al cambiarse al RAIS. Refiere que nació el 4 de diciembre de 1957 y cumpliría 62 años el mismo día y mes del año 2019. Sostiene que la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL le realizó una simulación pensional en la modalidad de retiro programado, arrojando una mesada de \$3.000.000 a los 62 años, mientras que en el RPM sería de \$5.422.301, evidenciándose que su mesada pensional es ostensiblemente superior en el RPM que en el RAIS. Finalmente, menciona que acredita 1372 semanas y que elevó reclamación ante COLPENSIONES, sin que a la fecha dicha entidad se haya pronunciado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

OLD MUTUAL contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 66 a 79). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 5 y niega y no le constan los demás. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, no existe causal de nulidad alguna, cumplimiento de los requisitos formales de la afiliación, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, cobro de lo no debido, compensación y pago, obligación a cargo de un tercero, buena fe y ausencia de vicios del consentimiento.

COLFONDOS se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 110 a 127). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 y 7 parcial y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 135 a 147), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 5, 7 y 14 y niega y no le constan los demás. Propuso las

excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de noviembre de 2019 (CD – fl. 175), **declaró** la nulidad de la afiliación y traslado del demandante al RAIS, realizada el 28 de diciembre de 1997 a COLFONDOS y el 13 de mayo de 1999 a OLD MUTUAL, **condenó** a OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del accionante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C. sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración, **ordenó** a COLPENSIONES a recibir los aportes del actor en el RPM, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** en costas a COLFONDOS y OLD MUTUAL fijando como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimo legales mensuales vigentes en razón de dos salarios para cada una.

Fundamentó su decisión, indicando que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el deber de información se predica para todos los afiliados independientemente si son o no beneficiarios del régimen de transición, cuya carga probatoria recae en la AFP quien deberá informar sobre todas las consecuencias que conlleva el traslado, tales como ventajas y desventajas, al punto que pueda llegar a desanimar al interesado. Refiere que las AFP no allegaron ningún elemento de prueba del cual se derive el cumplimiento de su deber de información al momento del traslado del accionante, por lo que al no existir una asesoría completa, especializada y adecuada resulta nula la afiliación, sin que se pueda tener en cuenta la manifestación de voluntad consignada en los formularios de afiliación a las AFP, pues no constituye prueba certera de la cual se pueda deducir que el actor se le proporcionó una debida asesoría en los términos señalados por la Corte, al cual ya estaba vigente para el momento del traslado,

constituyendo un error de hecho en el objeto, dada la nula información brindada.

APELACIÓN

OLD MUTUAL interpuso recurso de apelación, respecto de la devolución que debe efectuar por concepto de gastos de administración y la condena en costas, toda vez que esos gastos se encuentra estipulados en el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, que regula el cobro de las comisiones en razón a que el RAIS administra los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados y el permanecer en el régimen al demandante, le permitió obtener rendimiento respecto de los dineros que cotizó en la cuenta de ahorro individual y en razón de la nulidad deprecada debió ordenarse la devolución de los rendimientos, finalmente, solicita se revoque la condena en costas.

A su turno, **COLPENSIONES** apeló la decisión señalando que en este caso se está frente a un contrato entre particulares, siendo diferente la inexistencia de la nulidad, como lo expone el ordenamiento civil que establece que no se puede predicar la inexistencia de los actos jurídicos, de ahí que en este caso, la nulidad no se alegó en los términos que establece el artículo 1750 del C.C., esto es en 4 años.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLFONDOS es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello y OLD MUTUAL que es la AFP en la que se encuentra afiliada en la actualidad, deben trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de

información al momento en que el accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor CARLOS FERNANDO FRANKY ZULUAGA el 28 de diciembre de 1997 (fl. 132), se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS; posteriormente, el 13 de mayo de 1999 se afilió a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL (fl. 80), donde se

encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde enero de 1998 a la fecha (fls. 82 a 86). Así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 45), se evidencia que cotizó a esta de forma interrumpida del 4 de enero de 1979 al 31 de diciembre de 1997.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 132 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues COLFONDOS, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien el demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional;

siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho que si bien la accionante se trasladó a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL, ésta no estaba obligada a subsanar la información que en su momento no le brindó COLFONDOS, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que a aquella solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra y si en gracia de discusión, se tuviera que estaba obligada a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite las afirmaciones contenidas en el formulario de afiliación, relacionadas con la asesoría brindada.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a COLFONDOS pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que el hecho de firmar el formulario, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento, lo cual no puede suplirse por el traslado entre administradoras, en tanto la accionada estaba obligada a acreditar la asesoría brindada en ese momento sobre los aspectos relacionados en líneas anteriores; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia involucra que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP OLD MUTUAL a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la

financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que COLFONDOS, también deba trasladar a COLPENSIONES lo relativo únicamente a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliado a esta, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social, como lo dispone las sentencias que sobre el tema, ha decantado la Corte; razón por la cual OLD MUTUAL como lo dispuso el a quo debe devolver además de los rubros expuestos en precedencia, los gastos de administración.

Conforme a ello, se hace necesario ADICIONAR la sentencia apelada y consultada en lo que a COLFONDOS se refiere.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente en lo que se refiere a la condena en costas impuestas a OLD MUTUAL, al ser vencida en el proceso, se hace acreedora a las mismas, de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** y **ADICIONARÁ** la sentencia de primer grado como se indicó en líneas anteriores y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de OLD MUTUAL y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

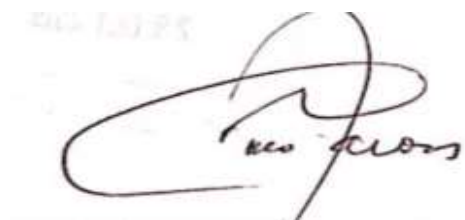
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación y traslado del demandante al RAIS efectuada el 28 de diciembre de 1997 a la AFP COLFONDOS y el 13 de mayo de 1999 a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL, según las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el proveído impugnado y consultado en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS** traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, durante su permanencia en esta.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de OLD MUTUAL y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

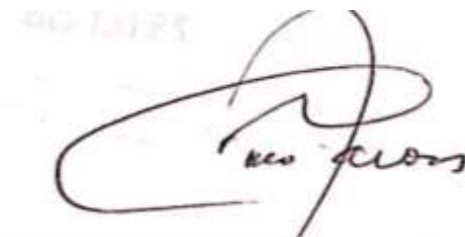


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de OLD MUTUAL y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUARINA DEL CARMEN SAENZ OTERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **GUARINA DEL CARMEN SAENZ OTERO**, se **declare** la nulidad del traslado del RPM al RAIS efectuada por COLFONDOS el 1° de noviembre de 1994. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLFONDOS a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación tales como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado y a esta, a recibirla como afiliada, más los referidos valores, al igual que contabilizarlos como semanas cotizadas a efectos de pensión, junto con el reconocimiento de la pensión a partir del 17 de febrero de 2017, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso. Como pretensión subsidiaria, pide se declare la ineficacia del traslado de régimen (fls. 79 y 80).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 77 a 79), señaló que estuvo afiliada al ISS desde el 1° de agosto de 1984 hasta el 31 de octubre

de 1994, trasladándose a COLFONDOS el 1° de noviembre de la misma anualidad. Sostiene que nació el 16 de febrero de 1980 y a cotizado más de 1.754 semanas. Refiere que al momento del traslado no fue asesorada respecto de las diferencias entre ambos regímenes pensionales, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, beneficios, riesgos, desventajas y en general, las implicaciones sobre sus derechos pensionales, como tampoco le informó cuánto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a la pensión o cuanto necesitaba tener en la cuenta para pensionarse a determinada edad, o la edad de pensión o para mantener su mínimo vital. Expone que no se le informó por parte de la AFP que no todo el aporte iría a su cuenta de ahorro individual y que parte de este se destinaría a primas de seguro para atender las pensiones de invalidez y sobrevivientes y al asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen y como influiría eso en su pensión, ni le dijo sobre la posibilidad que tenía de negociar el bono para obtener una pensión anticipada, ni que el monto de la pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus beneficiarios. Finalmente, menciona que el 5 de octubre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen el cual fue negado por esta.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 117 a 116 y 154 a 156). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 4, 17 y 18 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada.

COLFONDOS se opuso a las pretensiones del libelo (fls. 138 a 146). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 2 a 4, 14, 16 y 19 y niega y no le constan los demás. Presentó las excepciones de validez de la afiliación con COLFONDOS, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de noviembre de 2019 (CD – fl. 179), **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS y como consecuencia de ello, **ordenó** a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la accionante, junto con sus rendimientos debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, **condenó** a COLPENSIONES a volver a afiliarse a la actora al RPM y recibir todos los aportes que se hubiesen efectuado a la AFP, **sin condena** en costas.

Fundamentó su decisión, indicando que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en estos eventos cuando se habla de la falta de información, lo que deviene es una ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico del traslado, de ahí que su estudio deba abordarse desde esa institución y no desde el régimen de nulidad y por ende, no es dable exigirle al afiliado la existencia de un vicio en el consentimiento, pues el legislador concretamente señaló en qué casos el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada, al igual que en estos casos, la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la AFP, como también la ineficacia resulta insaneable, pues no se puede sanear aquello que nunca produjo efectos. Sostiene que en virtud a lo también dicho esa corporación, corresponde a COLFONDOS demostrar que brindó una información clara, completa y veraz a la demandante al momento de la afiliación, lo cual en el presente caso no se acredita, tanto así que la demandada en la etapa de fijación del litigio se allanó a las pretensiones de la demanda, tanto así que en el plenario no obra prueba alguna de que se le haya brindado la respectiva información a la accionante que le haya permitido optar por buena decisión al momento de trasladarse.

APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, manifestando que no se tuvo en cuenta el artículo 1508 del C.C. respecto del error, como tampoco el artículo 1509 ibídem, toda vez que se evidencia una ratificación que la

demandante tuvo por más de 10 años el permanecer en la AFP, al igual que se debe tener en cuenta la sentencia SU 062 de 2010, respecto de la no procedencia del traslado al fondo de pensiones, siendo imposible para la entidad tener en cuenta las meras expectativas que se tenía al momento del cambio de régimen, de ahí que la entidad no pueda asumir el traslado, máxime si ello constituiría una descapitalización para el fondo y el sistema se volvería insostenible, perjudicando a las personas que se encuentran dentro del régimen.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP COLFONDOS es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello deben trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual y si esta, se encuentra obligada a recibirla junto con tales dineros.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia como lo indicó el a quo, debe abordarse desde la ineficacia de dicho acto y no mediante la nulidad, toda vez que resulta equivocado como lo pretende COLPENSIONES, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, como así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada entre otras en las sentencias con radicado N° 31.989 del 8 de septiembre del 2008 y en la SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292,

del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora GUARINA DEL CARMEN SAENZ OTERO el 14 de octubre de 1994 (fl. 147), se trasladó de CAJANAL al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS, donde se encuentra en la actualidad; efectuando cotizaciones en el RAIS desde noviembre de 1994 a la fecha (fls. 30 a 36). Así mismo, de la historia laboral emanada de la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (fl. 150), se evidencia que laboró al servicio de la SUPERINTENDENCIA DEL SUBSIDIO FAMILIAR cotizando a CAJANAL, del 1° de agosto de 1984 al 31 de octubre de 1994.

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP obrante a folio 147 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que recibiera la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues COLFONDOS, estaba obligada a informarle sobre las ventajas y desventajas del traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes

modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, como también señalarle que en virtud del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, podía regresar al régimen de prima media cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

Ahora, si bien el demandante era mayor de edad y capaz al momento del traslado, tal situación no implica que tuviera conocimiento del tema y menos aún, se pueda dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con este, habida cuenta que el deber de información data independientemente de la edad o del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado y su nivel profesional; siendo deber de la AFP asesorarlo y no de aquel de buscar la información por sus propios medios.

Refuerza lo anterior, el hecho que COLFONDOS en la etapa de fijación del litigio se allanó a las pretensiones de la demanda, lo que corrobora que en efecto esta no cumplió con su obligación de suministrar la debida información al momento del traslado, en los términos expuestos por la abundante jurisprudencia que al respecto ha proferido la Corte Suprema de Justicia y de la cual se hizo alusión en apartes anteriores; de ahí que el traslado se torne ineficaz.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, tal situación trae consigo que COLFONDOS se obligue a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir los aportes provenientes de la AFP

y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, en la primera de ellas en la que indicó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

“Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de COLPENSIONES, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a aquella de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Por lo que sobre este punto, dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste a COLPENSIONES, se modificará la decisión de primer grado en la medida que el a quo omitió ordenar la devolución de la totalidad de los emolumentos expuestos en precedencia.

Finalmente, debe precisarse que si bien la demandante previo al traslado de régimen se encontraba afiliada a CAJANAL, sin que se denote que efectuara cotización alguna al ISS hoy COLPENSIONES, lo cierto es que esta última, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° del decreto 2196 de 2009 que ordenó la supresión y liquidación de CAJANAL, está obligada a recibir a la actora; sumado al hecho que pese a que la UGPP, entidad que sea de paso advertir no hace parte del proceso, asumió parte de las obligaciones que estaban a cargo de dicha caja, es claro que esta última no hubiera podido recibir a la accionante en la medida que acorde a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2208 de 2021, la unidad recibe solo a los afiliados que hayan causado los requisitos para acceder a la pensión antes de la extinción de la caja, lo cual en el presente caso no se da, en tanto la actora solo hasta el 2017 cumplió la edad para acceder a la pensión.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de ésta a elevar tal solicitud no prescriba, como tampoco los emolumentos que se deben trasladar como consecuencia de la ineficacia, en la medida que estos, como se dijo, financiaran las prestaciones a que haya lugar en el régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado como se indicó en líneas anteriores y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia estarán a cargo de COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

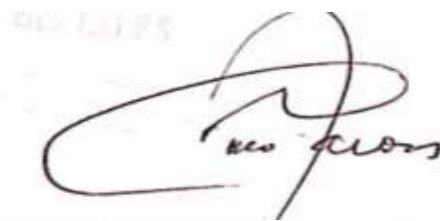
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada en únicamente en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de alzada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

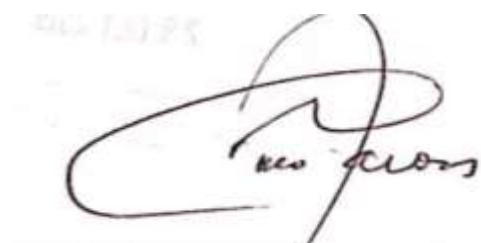
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FLORENTINO HERNÁNDEZ DÍAZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **FLORENTINO HERNÁNDEZ DÍAZ**, se **ordene** a la demandada el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por dependencia económica de su cónyuge, desde el 9 de octubre de 2015 y hasta cuando se efectúe el pago, junto con la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso (fls. 6 y 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 y 3), señaló que mediante Resolución 009686 del 15 de marzo de 2006, el ISS le reconoció la pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990. Expone que el 9 de octubre de 2018 solicitó a COLPENSIONES el incremento del 14% por dependencia económica de la señora BRIGIDA ALONSO DE HERNANDEZ, cuya solicitud le fue negada ese mismo día. Refiere que es casado con la citada señora desde el 1° de junio de 1966, fecha desde la cual

han convivido ininterrumpidamente, compartiendo techo, lecho y mesa y quien además, depende económicamente de él, pues no recibe pensión, renta o sueldo por parte de alguna entidad pública o privada. Finalmente, sostiene que al no poder disfrutar del incremento pensional a que tiene derecho su cónyuge, se ha visto afectada en sus derechos a la tercera edad y seguridad social.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 42 a 58), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, no le constan los contenidos en los numerales 4, 5 y 7 y acepta los demás. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, imposibilidad del reconocimiento del incremento del 14% y 7% en pensiones superiores al salario mínimo, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, pago, carencia de causa para demandar, compensación y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 23 de octubre de 2019 (CD – fl. 88), **declaró** probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, **absolvió** a la demandada de las pretensiones de la demanda y **condenó** en costas al demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Fundamentó su decisión, indicando que de las pruebas allegadas y practicadas, se cumplen con los requisitos para que el demandante acceda al incremento por cónyuge a cargo, en tanto se acreditó que la cónyuge del actor depende económicamente de este. En cuanto a la vigencia de los referidos incrementos, sostiene que existen pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los que indica que tal beneficio continua vigente, al igual que el Consejo de Estado negó la nulidad de los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990, no obstante, la Corte

Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019 señaló que existe una derogatoria orgánica del citado artículo 21 con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993 y por ende dejaron de existir incluso para aquellos pensionados que adquirieron el derecho en virtud del régimen de transición sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubiesen cumplido los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994. Menciona que en este caso, si bien se reúnen los requisitos para acceder a los incrementos por personas a cargo, lo cierto es que la postura de ese despacho se acompasa con lo dicho por la Corte Constitucional en tanto la misma es vinculante y por ende, considera deben negarse las pretensiones de la demanda en la medida que el demandante no adquirió el derecho pensional antes del 1° de abril de 1994.

CONSULTA

La parte de demandante no interpuso recurso de apelación, por ende la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor FLORENTINO HERNÁNDEZ DÍAZ, conforme se infiere de la copia de la Resolución 09686 del 15 de marzo de 2006 (fls. 13 a 15), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$1.582.235, a partir del 6 de noviembre de 2004.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la

fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”*

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea

como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución - ley suprema-, la que se aplica” (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y “para interpretar las leyes”, pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
2. *Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por

personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **6 de noviembre de 2004**, data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1º de abril de 1994 esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el accionante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado.

COSTAS

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

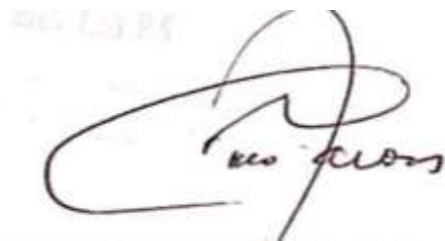
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de consulta, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NOLBERTO MIRANDA CADENA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **NOLBERTO MIRANDA CADENA**, se **declare** que existió un contrato de trabajo con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, quien no realizó los aportes a pensión del 16 de febrero de 1989 al 2 de diciembre de 1992. Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con los incrementos legales y mesadas adicionales a partir del 30 de diciembre de 2010, junto con la indexación de las mesadas adeudadas y a realizar el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas a pensión en el periodo en comento y a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS a que una vez efectuado el cálculo, pague a COLPENSIONES el valor del mismo, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas de proceso (fls. 2 y 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fl. 2), señaló que nació el 30 de diciembre de 1950 y laboró al servicio de PALMAS OLEAGINOSAS

BUCARELIA SAS mediante contrato de trabajo el cual inició el 16 de febrero de 1989 de noviembre de 2001. Finalmente, expone que la accionada lo afilió a pensiones el 3 de diciembre de 1992 y que mediante Resolución SUB 246386 del 17 de septiembre de 2018, COLPENSIONES le negó el reconocimiento de la pensión de vejez.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 43 a 54). Respecto a los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1 a 3 y niega y no le constan los demás. Como excepciones de mérito, presentó las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, doctrina probable, buena fe y prescripción.

COLPENSIONES contesto el introductorio, oponiéndose a las pretensiones de este (fls. 73 a 78). Sobre los hechos, acepta los contenidos en los numerales 1, 4, 6 y 7 y no le constan los demás. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, no configuración del derecho al pago de indexación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de octubre de 2019 (CD – fl. 83), **declaró** que entre el demandante y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de febrero de 1989 y el 31 de diciembre de 2001, **condenó** a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS a reconocer y pagar a favor de COLPENSIONES como obligación de hacer, el valor del cálculo actuarial que corresponda al accionante, por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1989 y el 2 de diciembre de 1992, tomando como salario de referencia el mínimo legal mensual vigente, **declaró** que el actor es beneficiario del régimen de transición y **condenó** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de agosto de 2018 en cuantía inicial de \$974.414, cuyo retroactivo calculado a 30 de septiembre de 2019 sin

perjuicio de las mesadas que se sigan causando con posterioridad, asciende a \$15.900.494, al igual que autorizó al ente de seguridad social a que del retroactivo se realicen los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud, **condenó** en costas a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente y **ordenó** que el retroactivo pensional se pague de manera indexada, desde la exigibilidad de cada una de las mesadas pensionales hasta la fecha de pago efectivo.

Fundamentó su decisión, indicando que no se discute la existencia del contrato de trabajo entre las partes, al igual que según el reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES se registra como fecha de afiliación el 3 de diciembre de 1992, sin que se evidencien cotizaciones con anterioridad a dicha data bajo al empresa demandada, como también se acredita que el ISS empezó su cobertura en el municipio de Puerto Wilches – Santander el 2 de diciembre de 1992. Refiere que antes de la existencia del sistema de seguridad social, correspondía al seguro social el reconocimiento de la prestación de vejez que antes estaba en cabeza del empleador, pues así se dispuso en la Ley 90 de 1946, que determinó la cobertura gradual de dichos riesgos, haciendo un llamado por regiones específicas y por la especialidad del servicio prestado y para los empleadores que tenían a su cargo las pensiones por disposición legal, se estableció la obligación de efectuar el cálculo o aprovisionamiento para asegurar el reconocimiento de las prestaciones y si bien le asiste razón a la demandada al señalar que en el periodo de enero de 1989 a diciembre de 1992 no tenía la obligación de efectuar aportes, lo cierto es que ese tema ya ha sido dilucidado por la Corte Suprema de Justicia, quien señaló que esos periodos en los que no existió cobertura y estaban a cargo del empleador, deben ser pagados al ISS a través del cálculo actuarial para efectos que dicho valor se compute con las semanas cotizadas al sistema general de pensiones, siendo este el criterio que a la fecha acoge dicha Corporación, quien desde el año 2014 abandonó la postura que traía con anterioridad, relacionada con que en efecto, los patronos no estaban obligados a sufragar tales aportes por la falta de cobertura del ISS. Sostiene que con base a ello, no se puede acoger lo solicitado por la demandada en el sentido que el pago del cálculo debe ser proporcional, descontando lo que le correspondía al trabajador, en la medida que el cálculo como lo dispuso la Corte, se debe sufragar de manera en un

100% por el empleador, de ahí que considere, que la demandada previo cálculo que para el efecto elabore COLPENSIONES, debe pagar los aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1989 y el 2 de diciembre de 1982, para lo cual deberá tener en cuenta el salario devengado a junio de 1992, que no resulta acreditado en el plenario y por ende, se tendrá como tal el salario mínimo legal mensual vigente. En cuanto a la pensión de vejez solicitada, sostiene que para su estudio se tendrá en cuenta el tiempo no cotizado y que se está ordenando pagar a la empresa demandada, por lo que revisado el reporte de semanas cotizadas, se observa que registra 1.246.99 semanas a las cuales se le suma el periodo antes indicado, arrojando un total de semanas cotizadas de 1.414.14 semanas. Aduce que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 43 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición, el cual en virtud de lo establecido en el acto legislativo 01 de 2005, se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, en tanto a la entrada en vigencia de dicha normatividad, contaba con 785.28 semanas. Menciona que el accionante al momento de cumplir la edad de 60 años, esto es, el 30 de diciembre de 2010, acreditaba 1.064 semanas siendo acreedor de la pensión de vejez en los términos del Decreto 758 de 1990, la cual se pagará a partir del 1° de agosto de 2018, como quiera que la ultima cotización data del 31 de julio de dicha anualidad, sin que se evidencie novedad de retiro alguna, empero, a la luz de la jurisprudencia, se denota su intención de dejar de cotizar, en tanto para esa anualidad elevó ante el ente de seguridad social la solicitud de pensión. Sobre el monto de la pensión, afirma que efectuadas las operaciones aritméticas con el apoyo del grupo liquidador, teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas durante los 10 últimos años y toda la vida laboral, en este último evento por ser la más favorable, una mesada pensional en la suma de \$974.414,19 que resulta de aplicar el 90% que es el porcentaje que le corresponde, al IBL que data de \$1.082.682,43. Finalmente, en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, señala que esta no prospera, como quiera que la prestación se está reconociendo desde el 1° de agosto de 2018 y la demanda se radicó el 18 de enero de 2019, sin que entre una fecha y otra hayan transcurrido 3 años.

APELACIÓN

PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS interpuso recurso de apelación, manifestando que no está obligada a reconocer y pagar el valor del cálculo actuarial, pues en su momento desde la vigencia del contrato y hasta diciembre de 1992 no estuvo obligada a afiliar forzosamente al trabajador para el cubrimiento de los riesgos de IVM a través del ISS, toda vez que para ese momento la entidad no tenía cobertura y solamente la tuvo en el municipio de Puerto Wilches en el mencionado año, siendo afiliado conforme a la normatividad.

COLPENSIONES apeló la decisión, en lo que tiene que ver con el pago indexado del retroactivo, toda vez que el demandante acreditó los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990, hasta la fecha dada la inclusión de los periodos que por la omisión del empleador no se pagaron, de ahí que no exista ninguna irregularidad por parte de la entidad en el reconocimiento de la pensión de vejez que aquí se reclama.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si la accionada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS está obligada a pagar a COLPENSIONES el cálculo actuarial elaborado por este, por la no afiliación del demandante a los riesgos de IVM en el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 1989 y el 2 de diciembre de 1992 cuando no existía cobertura del ISS en el Municipio de Puerto Wilches – Santander donde prestó los servicios el actor, al igual que se estudiará la procedencia de la pensión de vejez por parte del ente de seguridad social.

Contrato de trabajo

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre el señor NOLBERTO MIRANDA CADENA y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA lo cual fue aceptado por esta en la contestación de la demanda y que es corroborado con la documental de folios 62 a 67 de donde se colige que el actor trabajó para dicha empresa del 16 de febrero de 1989 al 31 de diciembre de 2001, desempeñando el cargo de destajero.

Tampoco se discute que el accionante prestó sus servicios en el Municipio de Puerto Wilches – Santander siendo afiliado al ISS por su empleador el 3 de diciembre de 1992 (fls. 56 a 58), habida cuenta que en la localidad en comento la entidad de seguridad social inició su cobertura desde el 1° de diciembre de 1992.

Cálculo actuarial

Al respecto se tiene que con el Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año concretamente en su artículo 1°, se estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación ésta que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional, por lo que en principio podría decirse que los tiempos laborados en los municipios donde no existía cobertura del ISS no son computables para una pensión del sistema general de pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador.

No obstante, el artículo 72 de la ley 90 de 1946 dispuso la obligación de los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación, lo cual se refuerza con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia 41745 del 16 de julio de 2014 reiterada en proveído del 15 de marzo de 2017 radicado 47532, ésta última en la que indicó:

“Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS.”

“Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que

los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.”

“Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».”

Conforme a ello, es claro que así la afiliación de los trabajadores que laboraban en este caso en el Municipio de Puerto Wilches – Santander haya sido obligatoria desde el 1° de diciembre de 1992, los empleadores estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensión del personal a su cargo y con ello garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos, como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comentario.

En ese orden de ideas se tiene que como se indicó en precedencia, el accionante laboró al servicio de la demandada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS desde el 16 de febrero de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2001 siendo afiliado al ISS el 3 de diciembre de 1992; luego en el periodo en que la empresa no efectuó cotización alguna esto es, desde el inicio de la relación laboral hasta el 2 de diciembre de 1992 bajo el entendido que no estaba en la obligación a hacerlo, es evidente que debe responder por ese lapso en que la prestación por vejez estuvo a su cargo, conforme lo indicó la Corte en la sentencia en cita, de ahí que, como lo señaló el operador de primer grado, deba cancelar el respectivo cálculo actuarial que para el efecto realice COLPENSIONES por las cotizaciones que no se hicieron durante ese tiempo.

En cuanto a COLPENSIONES, dado el grado jurisdiccional de consulta que le asiste, es claro que está obligada a elaborar el cálculo actuarial y por ende, recibir los dineros producto del mismo, además de actualizar la historia laboral del demandante con tales aportes, en la medida que con estos se

financiaran las prestaciones a su cargo, concretamente la pensión de vejez, la cual se procede a estudiar.

Régimen de transición

A folio 5 del expediente, aparece copia de la cédula de ciudadanía del actor, donde se evidencia que nació el 30 de diciembre de 1950, acreditando a 1° de abril de 1994, la edad de 43 años, siendo beneficiario del régimen de transición.

Así mismo, del reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES (fls. 88 a 93), cotizó 1.247 semanas al 31 de julio de 2018, que sumadas al tiempo laborado y no cotizado por PALMAS OLEGINOSAS BUCARELIA y sobre el cual se ordenó el pago del referido cálculo actuarial y que equivalen a 195 semanas, arroja un total de **1.442 semanas** a la data en comento, de las cuales, **822.81** se cotizaron a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), acreditando más de las 750 semanas exigidas por dicha norma para que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez

Teniendo en cuenta que el actor es beneficiario del régimen de transición en la forma antes indicada, se tiene que la norma aplicable es con la que venía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es otra que el Acuerdo 049 de 1990, que exige para acceder a la pensión, acreditar 60 años de edad el hombre y 55 la mujer, 1000 semanas en cualquier tiempo o 500 cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Al constatar si cumple con los requisitos exigidos por la norma en cita para acceder a la pensión, se tiene que el 30 de diciembre de 2010 cumplió la edad de 60 años (fl. 5) y según el reporte de semanas de folios 88 a 93, más el tiempo laborado y no cotizado a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, como se dijo en precedencia, arroja un total de **1.442 semanas**, de las cuales **1.098.41** cotizó al cumplimiento de la edad; acreditando así los requisitos para acceder a la pensión.

En cuanto a la fecha de exigibilidad de la prestación y monto de la misma, si bien el a quo la otorgo desde el 1° de agosto de 2018, es decir, a partir del día siguiente de la última cotización que data del 31 de julio de la misma anualidad, también lo es que revisada la historia laboral se evidencia que continua activo en el sistema, toda vez que el último aporte se canceló por parte del empleador ASOCIACIÓN DE VOLQUE el 21 de agosto de 2018, día en el que elevó la solicitud de pensión ante COLPENSIONES (fl. 10), lo que denota que cuando solicitó la prestación aún se encontraba cotizando, sin que en el referido reporte, se evidencie la novedad de retiro, lo que demuestra que no existía la intención de dejar de cotizar; de ahí que la pensión deba reconocerse a partir del día siguiente en que el accionante acredite su retiro del sistema, cuyo IBL se calculará con base en los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, al cual se le aplicará una tasa de reemplazo del 90%, dado el número de semanas cotizadas y se otorgará por 14 mesadas al año en tanto el derecho lo adquirió antes del 31 de julio de 2011, siempre y cuando el monto de la mesada pensional no supere los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, junto con los reajustes legales.

Así mismo, en caso de existir algún valor por sufragar por concepto de retroactivo, sobre el mismo habrán de efectuarse los descuentos por concepto de aportes a salud, como también deberá indexarse al momento de su pago, siempre y cuando, entre la fecha de reconocimiento y la de pago haya transcurrido un lapso superior a 6 meses, tiempo en el que considera la Sala, se puede apreciar una posible depreciación del peso, que es el objetivo de la indexación.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, la Sala se abstiene de su estudio como quiera que no se determinó la fecha de exigibilidad de la prestación, dado que el actor continua activo en el sistema y por ende, su reconocimiento depende que acredite su retiro del sistema ante el ente de seguridad social.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en lo que al reconocimiento y pago de la pensión de vejez se refiere y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS y COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

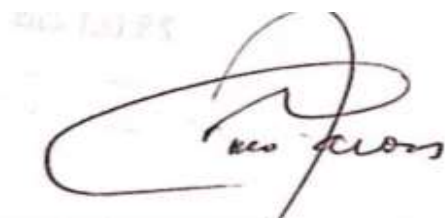
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada y consultada, únicamente en el sentido de **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez de que trata el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, a partir del día siguiente en que acredite su retiro del sistema, cuyo IBL se calculará con base en los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, al cual se le aplicará una tasa de reemplazo del 90% y se otorgará por 14 mesadas al año siempre y cuando, el monto de la mesada pensional no supere los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, junto con los reajustes legales, conforme las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL QUINTO del proveído objeto de alzada, en el sentido de indicar que en caso de existir algún valor por sufragar por concepto de retroactivo, COLPENSIONES habrá de efectuar los descuentos por concepto de aportes a salud, como también deberá indexarlo al momento de su pago, siempre y cuando, entre la fecha de reconocimiento y la de pago haya transcurrido un lapso superior a 6 meses, como se indicó en precedencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia impugnada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', with a large, stylized loop at the beginning.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

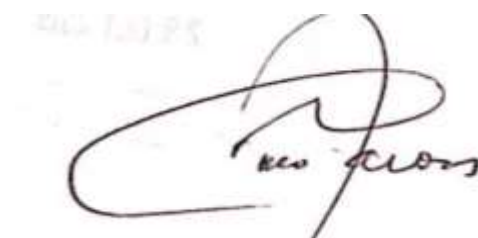
A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho', with a large, stylized loop at the beginning.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino', with a large, stylized loop at the beginning.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text and a central emblem.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS RICARDO VARGAS MANCIPE contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.-, Y -ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **CARLOS RICARDO VARGAS MANCIPE**, se **declare** la nulidad del traslado del Régimen que realizó el 1 de diciembre de 1994, se **ordene** a COLPENSIONES y a PORVENIR, realizar todas las gestiones administrativas encaminadas a anular el traslado del régimen, se **ordene** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, se **ordene** a la

demandada COLPENSIONES a recibirla sin solución de continuidad, se **ordene** a COLPENSIONES una vez reciba los aportes del demandante por parte de PORVENIR proceda a corregir y actualizar la historia laboral del demandante, se **declare** que para todos los efectos la única afiliación válida es la efectuada el 16 de agosto de 1976 y se **condene** en costas y gastos del proceso a las demandadas.

De manera **subsidiaria**, se **ordene** el traslado del RAIS al RPMPD por haber cotizado más de 750 antes del 1^a de abril de 1994 conforme a los postulados de la SU 062 de 2010 y SY 130 de 2013, se **ordene** el traslado de PORVENIR a COLPENSIONES de la totalidad de dineros y se **ordene** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad al demandante.(fls.1 a 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4 vto), señaló, en síntesis, que nació el 21 de febrero de 1959, cumpliendo la edad mínima requerida dentro RPMPD en el año 2021, señaló que se afilió al ISS el 16 de agosto de 1976, cotizando un total de 845 semanas, que el 1 diciembre de 1994 encontrándose vinculado a la Fundación para el desarrollo universitario, se trasladó del ISS al RAIS mediante afiliación a PORVENIR S.A., desde su afiliación al RAIS el 1 de diciembre de 1994 hasta el 31 de agosto de 2018 ha cotizado un total de 1225 semanas para un total de 1940 semanas, indicó que PORVENIR debió informar al demandante antes del 29 de febrero de 2011 sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir la pensión, sin que así lo realizara y que finalmente había elevado derecho de petición a PORVENIR y COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado entre regímenes.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 66 a 78), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 11 y 12, no ser ciertos los numerales 1,2 y 4, no constarle los restantes y propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, excepción error de hecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada y genérica.

A su turno, el **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 97 a 104 vto.), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos aceptó los numerales 1, 9 y 11; no ser ciertos los numerales 3,4 y 7, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de noviembre de 2019 (CD – fls 170 a 171), **declaró** la nulidad de la afiliación y el traslado del demandante al RAIS el 19 de noviembre de 1994, **condenó** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses con los rendimientos, sin que haya lugar a que se realicen descuentos con ocasión a los gastos de administración, **ordenó** a COLPENSIONES recibir los aportes del accionante en el RPM y corrija la

historia laboral, **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y **condenó** en costas a PORVENIR.

Como **fundamentó su decisión**, indicó el *a quo* que el fondo privado no había allegado ningún elemento de prueba que acreditara diferente al formulario de afiliación que se firmó el 21 de noviembre de 1994 trayendo a colación lo estipulado por la CSJ SL así como la normatividad que gira en torno al tema, concluyendo que la demandada PORVENIR NO había cumplido con su deber de informar debidamente al afiliado sobre las consecuencias del traslado, obligación que siempre ha existido, pues únicamente se limitó a aportar pruebas que dan cuenta de la afiliación, así como la historia laboral, historia de vinculaciones del actor al sistema general de pensiones y copia de la oficina de bonos pensionales, carga de la prueba que le correspondía a la AFP demostrar, por lo que señaló que la afiliación que se realizó es nula, al no cumplirse con el requisito del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, en el cual se debía brindar una asesoría especializada, completa, cierta, adecuada, suficiente y comprobable e incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias del traslado entre régimen, señaló que el formulario de afiliación no constituía prueba certera que permita deducir que al demandante se le suministró información completa y veraz, y manifestó que no le asistía razón al abogado respecto a que no existiera la obligación de información para que el afiliado tomase la decisión voluntaria respecto a su situación pensional, ordenando la devolución de todos los emolumentos depositados en la cuenta de ahorro individual sin deducción alguna y declaró no probada la excepción de prescripción.

APELACIÓN

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, señalando que la suscripción del formulario de afiliación fue precedida por información clara, veraz, precisa, oportuna y suficiente con relación a las características propias del régimen individual, tendiendo en cuenta, que el afiliado se encontraba con todas sus facultades físicas, mentales y emocionales para realizar un negocio jurídico, el desconocimiento de la ley no era excusa y que la decisión perjudicaba a los dos regímenes; señaló que los gastos de administración que se cobran no son por capricho sino que están estipulados en la Ley.

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que el demandante en interrogatorio de parte, demostró que el traslado de régimen se realizó de manera voluntaria, concluyendo que tuvo la oportunidad para aclarar todas las dudas que tuviera, que, con base a lo dicho por el afiliado, no era falta de información sino falta de tiempo del afiliado por no llegar tarde a su segundo trabajo, que el afiliado no cumplía con los requisitos de la Ley 100 para ser beneficiario del régimen de transición y no tenía una expectativa legítima. Con relación al deber de información, se debía suministrar de conformidad con las normas en vigencia para la época en la que se realizó el traslado por lo que las proyecciones y otras pruebas no hacían parte de las obligaciones de los fondos privados, por lo que la prueba que se pedía era la suscripción del formulario de afiliación y con relación a la nulidad señaló que lo procedente era la ineficacia y no haberse decretado la nulidad y finalmente que esta decisión afectaba el principio de sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante a través de PORVENIR S.A., es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee el actor en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS y así lo declaró el *a quo*, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado en los términos precisados por el recurrente PORVENIR, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, por lo que cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, esto es, el afiliado alega no haber recibido la debida información en el momento de la afiliación, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba “(...) *En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte*

demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)” (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de

transición, en los términos precisados por el *a quo* y que cuestionó el recurrente COLPENSIONES en sus motivos de disenso

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor CARLOS RICARDO VARGAS MANCIPE el 21 de noviembre de 1994, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. (fl. 106), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de diciembre de 1994 (fl. 107), encontrándose afiliado en la actualidad en esta última entidad conforme a certificación que milita a folio 105 del expediente, efectuando cotizaciones en éste régimen desde diciembre de 1994 a la fecha (fls.112 a 136). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 16 de agosto de 1976 al 30 de noviembre de 1994, en el que, si bien registra cotizaciones con posterioridad a dicha data, las mismas fueron devueltas por estar vinculado a PORVENIR S.A. (fls. 80 a 82 y CD-fl. 74).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a PORVENIR S.A. obrante a folio 106, se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que fuera o no beneficiario del régimen de transición tal y como lo cuestiona COLEPENSIONES en el recurso de apelación, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que

procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como

así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989)

De ahí que PORVENIR S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliado en la administradora, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. Por lo que sobre este punto, se adicionará la sentencia apelada en tanto el *a quo* no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros aquí expuestos.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ EL ORDINAL PRIMERO** la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y proferida por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de noviembre de 2019 y se **CONFIRMARÁ** en lo demás.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo PORVENIR S.A. y COLPENSIONES de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

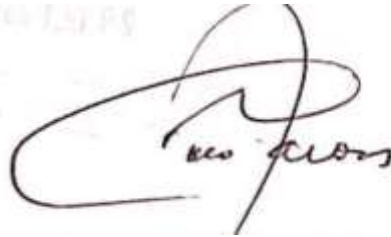
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL PRIMERO del proveído impugnado, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A. a** trasladar adicionalmente a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por concepto de comisiones y seguros provisionales, conforme a lo aquí considerado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 26 de noviembre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', with a large, stylized initial 'L'.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

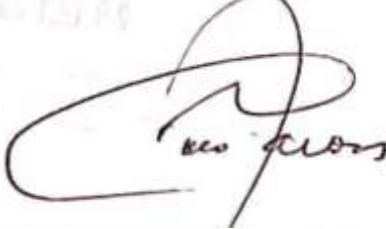
A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', with a large, stylized initial 'D'.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized initial 'E'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The stamp contains some illegible text, possibly 'COLPENSIONES'.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – NOHORA ESPERANZA ACEVEDO GARCÍA- contra – GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **NOHORA ESPERANZA ACEVEDO GARCÍA**, se **declare** que con el GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A., celebró un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de asesora de ventas, desde el 1 de diciembre de 2004 hasta el 7 de octubre de 2014, devengando como salario el mínimo legal mensual vigente, que se **declare** que se le impuso como jornada laboral un horario de 7 am a 7pm de lunes a sábado, que se **declare** que no ostentó el estatus de comerciante sino de trabajadora, que se **declare** que dicha relación laboral fue revestida mediante un contrato de colocador independiente de apuestas permanentes, ocultando la verdadera naturaleza del contrato de trabajo, que se **declare** que no canceló durante toda la relación laboral, auxilio de transporte, prestaciones sociales y vacaciones. Como consecuencia, se **condene** a los pagos durante el término de la relación laboral por concepto de auxilio de transporte, cesantías, intereses sobre las cesantías, indemnización por no pago de los intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes pensionales, asimismo, se **condene** al pago por indemnización de contrato

sin justa causa, indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones, que se indexen las sumas a cancelar, que se **condene** bajo las facultades ultra y extra petita y por último solicita se **condene** a la demandada al pago de costas procesales (fl. 4 a 7 vto).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló en síntesis, que inició sus labores a favor de la demandada el 1 de diciembre de 2004, que el cargo que desempeñó fue el de asesora de ventas, con una jornada laboral de lunes a sábado de 7 am a 7pm, en el puesto de trabajo ubicado en la zona de Fontibón Centro, laborando de forma continua y devengando como salario el mínimo legal mensual vigente, que dicha relación laboral fue revestida mediante un contrato de colocador independiente de apuestas permanentes, ocultando la verdadera relación laboral y que para el 7 de octubre de 2014 la demandada dio por finalizado el contrato de manera unilateral y sin justa causa ya que para dicha data se encontraba adelantando unos tratamientos médicos a través del régimen subsidiado y que conllevaron a que se terminara el vínculo, aunado al hecho que la demandada solicitó expidiera certificado de comerciante ante la cámara de comercio y de las cuales se negó, por lo que le solicitó la accionada entregara las llaves del establecimiento de comercio bajo el argumento que iba a cerrarse de manera definitiva el local, sin que se cancelara durante el término de la relación laboral, auxilio de transporte, prestaciones sociales y vacaciones, así como tampoco se realizaran los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A. contestó el introductorio (fls. 251 a 295), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, no aceptó ninguno de los contenidos en el libelo introductor, indicando, en síntesis, que la demandante era una colocadora independiente de apuesta y que no lo fue dentro de los extremos contenidos en la demanda, en el que era autónoma para ejercer esta actividad, ya que a mayor venta –mayor utilidad pues de eso dependía sus ingresos mercantiles, no cumplía horario, no estaba subordinada, no devengaba salario, lo único que hacía era reportar ventas y con base en ello recibir un ingreso mercantil, de lo contrario, al no

reportar ventas no pasaba nada y como consecuencia, no se le daba el ingreso mercantil, con relación a la inscripción en cámara de comercio indicó que era una exigencia de ley y fue su voluntad ejercer la actividad de manera independiente.

Propuso como excepciones de fondo las denominadas, inexistencia de contrato laboral entre la demandante y GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A, ineptitud de la demanda por falta de los requisitos necesarios para exigir lo pretendido sin que se reconozca la existencia de una relación laboral entre la demandante y mi representada, relación comercial, ausencia de legitimación por activa y por pasivo, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de la empresa demandada, pago, inexistencia de la obligación a cargo de mi mandante, temeridad y mala fe del demandante y la excepción genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de junio de 2019 (CD – fl. 326), **absolvió** a la sociedad GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. de todas y cada de las pretensiones incoadas por la actora NOHORA ESPERANZA ACEVEDO GARCÍA, **declaró probadas** las excepciones que denominó inexistencia del contrato laboral, relación comercial, cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia de la obligación, propuestas por la pasiva y **condenó** en costas al demandante en la suma de \$200.000.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación la tacha propuesta en contra del testigo Álvaro Chaparro, indicando que el mismo no lo encontró parcializado, por lo precisada dicha situación, trajo a colación los artículos 22, 23 y 24 del CST, indicó que la prestación de servicio había quedado plenamente acreditada conforme al acervo probatorio obrante en el infolio, y en lo correspondiente a la presunción la demandada logró desvirtuarla en el presente asunto, que no fue otra que la comercialización de los juegos de azar, situación que se corroboró con la declaración de parte de la demandante, cuando precisó que lo estuvo en varios puntos y que su labor

se dedicaba única exclusivamente al cuidado de las máquinas y que pertenecían a la empresa, así como lo manifestado por el testigo quien indicó que no tenía un ingreso fijo sino que dependía de las ventas que realizara, que manejaban unos temas publicitarios, por lo que valoradas las pruebas en conjunto, concluyó, no estuvieron rodeadas de una subordinación propiamente continuada, no estaba sometida ordenes de carácter permanente, por lo que la demandada desvirtuó la subordinación y absolvió de todas y cada una de las pretensiones contenidas en la demanda.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, indicando que en el presente asunto había quedado plenamente demostrado lo correspondiente a la prestación de servicio de la demandante y que se probó que se realizó de manera cotidiana entre el 1 de diciembre de 2004 hasta el 2014, determinándose en estos 10 años, que si hubo subordinación, que en este caso estaban unos supervisores que velaban por el buen funcionamiento del local, que no se cerraba en el día, que la apertura del local se daba conforme lo acordada la empresa a través de sus supervisores encargados, por lo que la demandada si ejerció una constante subordinación, imposición de reglamentos tales como no portar el celular, portar el uniforme, la venta de ciertos productos y se le imponía no vender nada diferente, no poder consumir alimentos, esto según los supervisores era reglamento interno de la empresa, por lo que las recargas a celular, la venta de loterías eran impositivas por parte de la demandada, para poder definir los elementos y poder desarrollar el trabajo, que con relación al salario, que no solo se generaba por las ventas si no que lo devengado en el 2006 eran de \$408.000 y para el 2007 \$450.000 correspondiendo este para los salarios mínimos de cada anualidad y así quedo demostrado en el acervo probatorio, asimismo, fue tan palmario el tema de la subordinación que se le obligó expedir el certificado de cámara de comercio como representante como persona natural y que fue el detonante para que el despido se diera y no se entiende porque durante los 10 años no lo había solicitado, brillando por su ausencia esa expedición, aunado al hecho que no se tuvo en cuenta su estado de salud para dar por terminado el contrato de trabajo, quien adicionalmente era atendida por el régimen subsidiado, por lo que se solicitó se accediera a las pretensiones contenidas en la demanda.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si efectivamente entre la señora NOHORA ESPERANZA ACEVEDO GARCÍA y GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., se suscribió un Contrato Comercial de Colocador de Apuestas Permanentes Independientes y por lo tanto, si el vínculo estuvo regido por una relación comercial o si por el contrario, se demuestra que estuvo ligada por una relación laboral dependiente y subordinada.

Existencia de un contrato laboral

Sobre el tipo de vinculación de los colocadores de apuestas permanentes, el artículo 13 de la Ley 50 de 1990, dispuso lo siguiente:

*“(...) **ARTICULO 13.** Adiciónase al Capítulo II del Título III Parte Primera del Código Sustantivo del Trabajo el siguiente artículo:*

Colocadores de apuestas permanentes.

***Los colocadores de apuestas permanentes**, al igual que los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización, **podrán tener el carácter de dependientes o independientes**. Son colocadores de apuestas permanentes dependientes los que han celebrado contratos de trabajo para desarrollar esa labor, con una empresa concesionaria. Son colocadores de apuestas permanentes independientes las personas que por sus propios medios se dediquen a la promoción o colocación de apuestas permanentes, sin dependencia de una empresa concesionaria, en virtud de un contrato mercantil. En este evento no se podrán pactar cláusulas de exclusividad.*

***PARAGRAFO.** Los colocadores de apuestas permanentes que con anterioridad a la vigencia de la presente ley estuvieren vinculados mediante contrato de trabajo, mantendrán tal vinculación de idéntica naturaleza.(...)”* (negrilla fuera de texto)

Por su parte el artículo 2 del Decreto 1350 de 2003 dispuso lo siguiente:

***Artículo 2º.** Definiciones. Para efectos del presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:*

(...)

Colocadores del juego de apuestas permanentes o chance. *Los colocadores de apuestas en el juego de apuestas permanentes o chance, pueden ser dependientes o independientes, conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 50 de 1990 y demás disposiciones que la modifiquen o adicionen. (...)*

Así las cosas, si bien los colocadores de apuestas permanentes su vínculo puede darse tanto de manera independiente como dependiente y, que en el caso *sub examine* la demandada fincó su defensa, indicando que la demandante había adelantado su labor de manera autónoma e independiente conforme al contrato comercial que habían celebrado, este no podía utilizarlo para ocultar la existencia de una verdadera relación de trabajo con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales causados.

Precisado lo anterior, se tiene entonces, que el artículo 24 del CST establece “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

No existe discusión en el caso *sub examine* con relación a la prestación personal del servicio de la demandante a favor de la demandada, debiéndose entonces analizar las pruebas aportadas al proceso a fin de verificar la forma en que se ejecutó el contratos existente entre las partes, esto es, si la actora actuaba con autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinada.

Como **pruebas documentales** se aportaron al proceso las siguientes:

- Contrato Comercial de Colocador de Apuestas Permanentes e Independientes, suscrito entre el Representante Legal de GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A. y la demandante NOHORA ACEVEDO, con fecha de suscripción 1 de enero de 2012, pactándose como objeto: “ (...) *EL COLOCADOR INDEPENDIENTE, en su condición de comerciante independiente, debidamente inscrito en la Cama y Comercio de Bogotá o Alcaldía, por sus propios medios, sin cumplimiento de horario y sin ninguna clase de exclusividad, se compromete a promocionar, colocar y vender de manera independiente y en forma directa apuestas permanentes por el procedimiento sistematizado en línea y tiempo real y demás juegos de suerte y azar y productos que se puedan vender por el procedimiento indicado y que acuerden las partes las partes de acuerdo con las normas legales que regulan estas actividades (...)*”(fls. 91 a 93 y 296 a 298)
- Datos de Colocador Independiente de Apuestas Permanentes con logo de –GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A. –GELSA-, en el que se consignaron los datos personales de la demandante, referencias personales, referencias comerciales, y un espacio en el que la demandada consignó “(...) *Colocador en punto fijo; tipo de colación: Oficina; SPT Fontibón, Nombre de la zona: Fontibón Centro y como administrador: Giovanni Barrera (...)*” y adicionalmente se allegó formato con logo de la demandada GELSA- denominado –MAESTRO COMERCIAL- con fecha de diligenciamiento 29 de diciembre de 2011, en el que se consignaron nuevamente los datos personales de la demandante en la que se consignó que tenían una antigüedad de 18 años en el sector, datos de la empresa “*SPT: Fontibón; Administrador*

de zona: Giovanni Barrero, Nombre de zona: Fontibón Centro, Código de Zona: 90936, Código Arriendo: 23132 y Reatiler:611120”, lo suscribe el administrador de zona y tiene visto bueno del director comercial” (fls. 94 a 94 vto y 95, 301 a 302).

- Solicitud de seguro de vida grupo con logos de Generali Colombia Vida y Apuestas en Línea S.A., lo suscribe la demandante y no tiene fecha de diligenciamiento. (fl. 96)
- Certificación expedida por Apuestas en Líneas S.A., en el que deja constancia que la demandante realiza la actividad de colocación de apuestas permanentes y como contraprestación percibe un porcentaje sobre las ventas que reportan antes de efectuarse los sorteos de las loterías autorizadas para participar en el juego, con fecha de expedición 18 de diciembre de 2006. *“Por lo expuesto su relación es enteramente comercial en los términos de la Ley 50/199, artículo 13 por medio de la cual se adicionó al CST. Actualmente tiene un promedio porcentual sobre las ventas reportadas el último mes de \$408.000 m/cte)”. Asimismo, se allegó certificación con fecha de expedición 07 de febrero de 2007, pero en el que se indicó que el promedio de ventas en el último mes había ascendido a \$450.000 (fl. 98 y 99)*
- Circular externa No. 001 de 2014 expedida por GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A., dirigido a los Colocadores Independientes de Apuestas Permanente y en el que se registró con asunto “Registro Matricula Mercantil” y que en términos generales les indicaba que debían renovarla anualmente.
- Extractos de vendedor expedidos por Apuestas en Línea S.A, fecha de impresión 9 de octubre de 2006 (fls. 25 a 26)
- Comprobante de egreso expedidos por GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. a favor de la demandante, de fechas 15 de marzo de 2012, 15 de marzo de 2013, 30 de abril de 2013, 15 y 31 de mayo de 2013, 10,15,18,2,22,24,26,28,31 de julio de 2014, 10 de junio de 2014, 1, 04, 05, 06,11, 25 de agosto de 2014, 08, 09 de septiembre de 2014, 07 de octubre de 2014 (fls. 125 a 138 vto)
- Contrato de Comodato suscrito entre las partes a partir del 1 de enero de 2011 en su cláusula primera se pactó *“(…) EL COLOCADOR INDEPENDIENTE (...) del CONTRATO DE COLOCACIÓN INDEPENDIENTE DE APUESTAS PERMANENTES suscrito el día 1 de*

enero del año 201, recibe, y LA EMPRESA entrega la mera tenencia a título de comodato gratuito los elementos señalados en el inventario y acta de entrega de que trata la cláusula cuarta, para que haga uso de ellos con la obligación de restituirlos al terminar el uso específico para el cual fueron entregados (...)” (fl. 299)

- Registro Único Tributario de la demandante (fl. 300)
- Certificación expedida por el GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. en el que deja constancia que la demandante realizó la actividad de colocación de apuestas permanentes y como contraprestación percibió un porcentaje sobre las ventas que reportan antes de efectuarse los sorteos de las loterías autorizadas para participar en el juego, con fecha de expedición 10 de septiembre de 2017. “*Por lo expuesto su relación con la empresa fue enteramente comercial en los términos de la Ley 50/199, artículo 13 por medio de la cual se adicionó al CST.*” (fl. 303).
- Certificación expedida por la Lotería de Bogotá, en la que dejan constancia de los contratos de concesión que han suscrito con GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A. (antes Apuestas en Línea S.A.), en el que le otorgó la concesión para la operación y explotación del juego de apuestas permanentes o de chance en Bogotá y Cundinamarca, por un periodo de 5 años, cada uno así: (i) Contrato 055 de 2006, con fecha de suscripción: 18 de diciembre de 2006 y con periodo de ejecución del 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011; (ii) Contrato 157 de 2011, con fecha de suscripción: 2 de noviembre de 2011. Periodo de ejecución: 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2016. (fl. 305)

En **interrogatorio de parte declaró el representante legal de la demandada**, negó que la demandante haya realizado labor alguna a partir del 1 de diciembre de 2004, ya que esta tenía un vínculo comercial de colocadora de apuesta permanente de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 50 de 1990 y Ley 643 de 2001, adicionalmente esa fecha si bien existía jurídicamente no ejercía la comercialización de juegos, de suerte solo se le dio ese estatus a través de un contrato de concesión 055 de 2006 por parte de la lotería de Bogotá el **1 de enero de 2007**, no aceptó que haya ejercido la actora labor como asesora de ventas sino como

colocadora de apuestas, |indicó que no era cierto que devengara salario sino atendiendo el contrato de carácter mercantil que existía entre las partes, percibía un porcentaje como contraprestación económica de las ventas efectuadas, con relación al horario tampoco aceptó la imposición del mismo, ya que podía darle apertura a la hora que quisiera y al prestar sus servicios en un casino ubicado dentro de un centro comercial que no era propiedad de la demandada por lo que no podía entrar a las 7 am sino a las 10 am, negó que se haya terminado el contrato de manera unilateral, que el certificado debe exigirse por ley atendiendo su condición de comerciante, asimismo tampoco aceptó lo correspondiente a las llaves del local, teniendo en cuenta que el punto de Fontibón funcionaba dentro de otro establecimiento comercial, más exactamente en un casino, aceptó que no se canceló auxilio de transporte, ni prestaciones sociales, ni vacaciones, ni pensiones, atendiendo el vínculo comercial que los unía.

Por su parte, **la demandante** indicó, que siempre trabajó que no hubo terminación de contrato, que hubo unificación de empresas que trabajaba con apuestas GER y de ahí paso apuestas en línea, también trabajó con chance estrella, con apuestas Echeverry y que después hubo la unificación, agregó que nunca la liquidaron y siguió perteneciendo con el convenio comercial como vendedora de chance en punto fijo y que nunca fue ambulatorio, **que quien la contactó fue el señor Carlos Correa de apuestas estrella eso fue entre el 1 de diciembre de 2004**, realizaba la labor en diferentes puntos fijos pero siempre en el sector de Fontibón, el primero de ellos en la 108 con 17, que la empresa paga el arriendo, pone los logos y ponen las máquinas y lo único que hacen los vendedores y ella puntualmente, era utilizar la papelería y cuidar todos los avisos, los mobiliarios, que el local estaba ubicado de manera independiente en el casino y sí manejaba llave, indicó que inició primero en el local donde tenía llaves y después la fueron pasando de punto a punto y ahí le subarrendaron el casino pero que no recordaba las veces ni fechas en que cambió de puntos de venta pero todo el tiempo desde el 2004 hasta diciembre 2014 hizo reemplazos ya que si bien cerraron el punto del casino en octubre de 2014 continuó haciendo reemplazos hasta diciembre de 2014 y por motivos de salud no continuó realizando estos reemplazos, agregó que quien le daba

órdenes era el señor Giovanni Barrero y Alejandro Barrero, indicándole puntualmente los puntos donde debía trabajar y que el horario que debía adelantar era de 7 am a 7pm pero que cuando hacía turnos le tocaba hasta las 9:30 pm, el salario le llegaba por el mínimo.

Como **pruebas testimoniales** declaró el señor **Alberto Enrique Chaparro Núñez**, quien indicó tener **vínculo con la demandada** en el cargo de **director comercial desde el año 2009**, que conoció a la demandante cuando estuvo como colocadora de apuestas independiente en la compañía y que tenían un contrato que así lo ratificaba, que no se manejaba un horario, que la actora no tenía jefes ni estaba subordinada y que los señores Giovanni y Alejandro eran administradores de zona que solo colaboraban a los colocadores desconocía si ejercían una labor de supervisión, esto es, realizaban la entrega de material publicitario, hacían entrega de máquinas así como de volantes publicitarios, que la demandante por la actividad que realizaba recibía unos ingresos mercantiles producto de las ventas diarias que no eran fijos sino dependían de las ventas que se realizaran, cuando no vendía la demandante no ganaba, no tiene remuneración fija, no se pasó ningún llamado de atención, que no se recibió reporte de la demandante por temas de salud, que creía que el motivo de su retiro había obedecido por que la demandante había ido a reclamar una herencia pero acotó que no le constaba ese supuesto, la demandante podía vender otros productos como productos de “Avon o Yanbal” y que estaba ubicada un punto de venta en un casino y que si tenía una maquina móvil podía realizar trabajos desde su casa, por lo que si decidía no abrir el punto no pasaba nada porque si cuando no venden no ganan y que si a demandante optaba por no ir al local se podía asignar a otro colocador independiente, si necesitaba retirarse no tenía que avisar pero lo más correcta era que pusiera en conocimiento, pues allí habían unas máquinas propiedad de la demandada, desconoció lo relacionado al certificado solicitado por la demandada para ejercer como comerciante y finalizó indicando que no podía haber laborado la actora desde las 7 am porque el casino solo le daban apertura desde las 10 am.

Del análisis en conjunto de los medios probatorios relacionados en precedencia y contrario a lo considerado por el *a quo*, encuentra la Sala que

la relación que unió a las partes, estuvo regida por un contrato de trabajo, toda vez que la demandante no pudo ejercer su función como -colocadora de apuestas permanente- de manera autónoma y libre, pues el desarrollo de su actividad necesariamente, dependía de las instrucciones impartidas por el GRUPO EMPRESARIAL APUESTAS EN LÍNEA S.A., para el caso en particular, a través de sus administradores, pues así lo indicó la demandante en la declaración de parte rendida ante el estrado judicial, cuando manifestó que los señores Giovanny y Alejandro Barrero, eran los que le daban órdenes y determinaban en qué punto comercial debía ejercer su labor, y si bien indicó el testigo Alberto Chaparro, que estos solamente ejercían una labor de apoyo con los colocadores, esto es, entregaban de máquinas, así como la publicidad en cada local comercial y que desconocía si los mismos ejercían una labor de subordinación, lo cierto es que conforme a la documental- MAESTRO COMERCIAL- se extrae que estos no solo “apoyaban” la labor del colocador de apuesta, sino que adicionalmente daban inducción con relación a las tecnologías que manejaban para la comercialización de apuestas y otros productos, situación distintiva y propia de una relación laboral.

Asimismo, el uso de los uniformes, que si bien el testigo y director comercial dentro del presente proceso indicó que estos se utilizaban por temas de publicidad, lo cierto es que dicha situación en lo absoluto se acompasa con un contrato independiente y comercial, pues la demandante debió tener la potestad de poder utilizarlo o no, asimismo tampoco demostró la demandada que quien pagara el canon de arrendamiento en el punto de venta de Fontibón fuera la demandante, por el contrario indicó el deponente señor Chaparro que este rubro se pagaba de las ventas que se realizaban en cada uno de los locales, pero sin allegar al plenario que en efecto, estaba dentro de las disposiciones contempladas al inicio de la relación contractual que suscribieron las partes, por el contrario quedó demostrado que todo el tema de máquinas, mobiliarios, papelería y publicidad era suministrado por la propia demandada a la actora.

Ahora bien, indicó la demandada que en ese vínculo comercial que los unió, en ningún momento se había pactado un tema de exclusividad, refiriendo el deponente a la potestad con la que contaba la demandante de poder vender productos tales como revistas de “Yanbal o Avon”, no obstante dicha situación tampoco se probó con suficiencia dentro del plenario y contrario a ello, es evidente que a lo único que podía vender la señora ACEVEDO GARCÍA en el punto de venta era lo referente a los juegos de azar, conforme a la papelería, máquinas y publicidad que le suministraba la accionada.

Ahora bien, con relación al horario de trabajo, si bien hubo una discrepancia con relación a lo referido en la demanda, en la que se indicó que su labor de venta iniciaba a las 7 am, situación a la que se opuso tanto el representante legal como el testigo, indicando que como el punto de comercialización estaba ubicado en un casino no se podía dar apertura antes de las 10 am, lo que se evidencia es que la demandante realizaba sus labores de 10 am hasta las 7pm, toda vez que no hubo reparo con la hora que se señaló de finalización, contrario a ello, si fue enfático el demandado en indicar con relación a la jornada de trabajo de lunes a sábado, que la demandante podía faltar uno o más días al local comercial y que lo único que generaba era que no percibiera sus ingresos mercantiles para esos días, no obstante, cuando se le indagó al testigo -Álvaro Chaparro- sobre este supuesto, indicó que no era obligación de la demandante reportar tal situación, solo informar a efectos de que no se quedara el punto solo y poder colocar en ese local a otro colocador de apuestas, ratificando con su dicho, lo manifestado por la actora en declaración de parte, cuando aseveró que en muchas oportunidades los administradores de zona- le dieron la instrucción de cubrir puntos de venta donde no podía estar el vendedor en diferentes locales comerciales.

Por todo lo anterior, resulta claro para la Sala que la demandada no logró desvirtuar lo correspondiente a la subordinación y conforme a lo normado en el artículo 13 de la Ley 50 de 1990 en cita, tampoco logró demostrar que en efecto la demandante actuaba como colocadora de apuestas independiente, pues de haber sido así, no debió suministrarle publicidad, máquinas, uniforme, papelería, logos y todo lo que utilizó la demandante para llevar a cabo dicha labor y que en efecto era ella quien asumía el pago del canon de arrendamiento del local donde se efectuaba la venta de los

juegos de azar, ya que lo único que se limitó a indicar el deponente Álvaro Chaparro- era que de las ventas se sacaba lo correspondiente al pago del canon, pero sin allegar prueba que quien se encargaba del pago era la señora ACEVEDO GARCÍA, situación por lo que emerge con absoluta claridad, que las funciones desempeñadas por la actora siempre fue en favor del GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A., desarrollando en sí, labores afines o conexas a su objeto social, conforme se extrae en certificado de existencia y representación legal obrante en el infolio. (folio 153 a 249).

Siendo todos estos elementos configurativos de una relación netamente laboral, que la parte demandada quiso disfrazar a través de un presunto contrato comercial de colocador de apuestas permanentes independientes, lo cual deja ver el mal actuar de la empresa demandada, pues lo hizo con el único fin de evadir sus obligaciones laborales.

Por tales motivos, no queda más que **REVOCAR** la decisión de primera instancia.

Extremos laborales y salario

En cuanto a los **extremos laborales** refiere la parte actora que el vínculo laboral con la demandada GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A. inició el 1 de diciembre de 2004 y terminó el 7 de octubre de 2014, en relación a ello el representante legal de la entidad, negó rotundamente cualquier tipo de vínculo se haya podido dar desde dicha data, toda vez que el contrato de concesión con la Lotería de Bogotá solo se materializó hasta el 2007 y como soporte de ello, allegó certificado de esa entidad, con relación a los tres contratos que suscribió con la demandada desde el 2006, en los términos precisados con antelación.

Ahora bien, la demandante al momento en que absolvió declaración de parte, indicó que había trabajado inicialmente con apuestas JER, con chance estrella y con los Echeverry y que después se había pasado con apuestas en línea y que para el 1 de diciembre de 2004 había trabajado con apuestas estrella cuando la llamó el señor Carlos Correa, no obstante fue enfática en indicar que no recordaba en que lapsos de tiempo, había estado

con cada una de las mencionadas, por lo que claramente dicha situación fáctica no fue planteada en la demanda y confesó que para dicha data no trabajaba con la demandada y si bien se allegaron certificaciones con fechas de expedición para los años 2006 a 2007 en los términos anteriormente referidos, lo cierto es que ninguna de las expedidos indican con exactitud la fecha inicial de la labor que prestaba la demandante a favor de la demandada, adicionalmente no obran certificaciones expedidas de años posteriores, por lo que forzosamente en el presente asunto habrá que tenerse como **extremo inicial** la consignada en el contrato comercial de colocador de apuestas permanentes independientes, esto es desde el **1 de enero de 2012** y con relación al **extremo final**, en el hecho 9 de la contestación de la demanda, no aceptó que la relación laboral se haya terminado de forma unilateral y sin justa causa, limitándose a indicar que la demandante se había retirado de forma voluntaria, sin objetar la fecha allí consignada y que coincide con el último comprobante de ingreso que milita a folio 138 vto, por lo que se tendrá como **extremo final** el **07 de octubre de 2014**.

Finalmente, se tendrá como **salario**, el mínimo legal mensual vigente para cada una de las anualidades, pues si bien se allegaron unos certificados de ingresos que expedía GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., lo cierto es que no están todas las fechas sino solo unos días y unos meses conforme a relación que se realizó en el acápite de pruebas documentales, aunado al hecho que en la demanda no se pretendió suma diferente a la aquí señalada.

Pretensiones condenatorias

Ahora bien, reclama el demandante el pago de **auxilio de transporte, prestaciones sociales y vacaciones** durante la vigencia de la relación laboral, debiéndose estudiar la excepción de *PRESCRIPCIÓN* propuesta por la demandada.

Como es sabido, el término de prescripción en materia laboral está regulado por los artículo 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normas que establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en

tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se hace exigible, y que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, tiene efectos de interrumpir el término de prescripción, únicamente por un lapso igual.

En el presente caso, quedó establecido que la relación laboral que ligó a las partes estuvo vigente desde el 01 de enero de 2012 hasta el 7 de octubre de 2014, y dado que la demanda se presentó el día 30 de junio de 2017, deberá declararse probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por esta demandada frente al **auxilio de transporte** y las **acreencias laborales** causadas con anterioridad al **30 de junio de 2014**, y las vacaciones causadas con anterioridad al 30 de junio de 2013, sin que se vean afectadas por el fenómeno de la prescripción las cesantías, dado que las mismas se hicieron exigibles a la terminación del contrato de trabajo, y entre esa fecha y la presentación de la demandada no transcurrió el trienio prescriptivo.

Por lo anterior y realizado los cálculos aritméticos, se establece que a la demandante le correspondería durante todo el tiempo laborado con el GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A.S los siguientes pagos:

Primas: \$185.917

Vacaciones: \$383.508

Cesantías: \$1.823.500

Intereses a las cesantías: \$6.011

Sanción por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías establece el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, que si el patrono no pagare al trabajador los intereses a las cesantías, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados, en tal medida, deberá reconocerse a favor de la actora una suma adicional equivalente a **\$6.011**

De igual forma, se **condenará** a la demandada al pago por concepto de **auxilio de transporte** en la suma de **\$ 232.800**, teniendo en cuenta que lo devengado por la actora correspondió al salario mínimo legal vigente.

DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.

Pensión – Como quiera que de conformidad con el art. 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el art. 3 de la Ley 797/2003) son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y que el artículo 17 ibídem dispone la obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones, al encontrarse acreditado el vínculo laboral entre el demandante y la demandada, como fue indicado al inicio de esta decisión, era obligación de ésta la afiliación de la ex trabajadora al sistema general de seguridad social en pensiones.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que no se demostró que se hubiera afiliado a la demandante a un fondo de pensiones por parte de la demandada, forzoso resulta condenarla a realizar la afiliación de la señora NOHORA ESPERANZA ACEVEDO GARCIA al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2012 al 07 de octubre de 2014, teniendo como salario base, el mínimo legal mensual vigente en cada anualidad.

Indemnización del art. 65 CST y art. 99 Ley 50 de 1990.

En lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras.

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el

trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

Durante el devenir del presente proceso, se dejó en evidencia que la demandada quiso ocultar la verdadera relación que existió entre las partes, haciendo creer que se trató de un contrato comercial de colocador de apuestas permanentes independientes, cuando claramente la labor ejercida por la actora estuvo regida por un contrato de carácter laboral, pues así se demostró en el presente asunto, al no haber desvirtuado la subordinación que tenía a su cargo, lo cual conlleva a la imposición de las sanciones solicitadas.

En cuanto a la **indemnización por no consignación de las cesantías** de que trata el art. 99 de la ley 50 de 1990, ha sido reiterada la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al indicar que la falta de consignación de una anualidad de cesantías origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación o a partir de la terminación del contrato, momento en que empieza a causarse la indemnización moratoria por no pagarse acreencias labores (SL 70892/2019), en tal medida se tiene que la sanción por no consignación a las cesantías corresponde a un día de salario por cada día de retardo, en caso de que se adeuden las cesantías de años consecutivos, la indemnización se liquida desde la insatisfacción de la primera consignación con la base salarial que debió tomarse para calcular la cesantía dejada de consignar y cuando haya incumplimiento por segunda vez, el monto de la sanción seguirá causándose con base en el salario vigente en el año en que se causó la cesantía dejada de depositar y así sucesivamente.

Asimismo, dicha sanción también ésta sujeta al fenómeno de la prescripción, por lo que al haber declarado parcialmente probada la prescripción con relación a la acción para reclamar los derechos que se causaron con anterioridad al 30 de junio de 2014, se tiene entonces que para el año 2014, momento en que finalizó la relación laboral aún no había surgido la obligación para el empleador de consignarlas.

En cuanto a la **indemnización moratoria** le incumbe en la suma de **\$20.533** que corresponde a un día de salario por cada día de mora a partir del 8 de octubre de 2014 y hasta que se haga efectivo su pago, teniendo en cuenta que la demandante devengó SMLMV, por lo tanto, debe darse aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 2° de artículo 65 del CST.

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Precisado lo anterior, en el presente asunto la actora no cumplió con la carga probatoria de demostrar lo correspondiente al mismo, pues si bien dentro de los hechos contenidos en la demanda, aduce que el 7 de octubre de 2014 le solicitaron las llaves al negarse a expedir el certificado mercantil en la cámara de comercio y atendiendo su estado de salud, lo cierto es que el demandado indicó que la demandante se había retirado de manera voluntaria y en el que adujo el deponente Álvaro Chaparro, que le habían contado que se había ido a solicitar una herencia; lo cierto es que no quedó claro para la Sala las situaciones de modo, tiempo y lugar, en que se efectuó la terminación del vínculo contractual.

Indexación

Teniendo en cuenta la condena aquí efectuada, se ordenará el pago de la **indexación** solamente en relación a las vacaciones, toda vez que el trabajador no puede beneficiarse, al mismo tiempo, de la indemnización moratoria y de la indexación frente a un mismo concepto salarial o prestacional, pues la consecuencia de la mora se sanciona con la una o con la otra, dependiendo de si se acredita o no la buena fe del empleador en su conducta omisiva frente al pago.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de emolumentos laborales que no pueden clasificarse como salariales o prestacionales, como sucede con las vacaciones, porque en esos casos el incumplimiento o la tardanza en su cancelación no se resarce mediante el pago de la indemnización moratoria, sino a través de un mecanismo que les permite, al menos, reponerse de los efectos relacionados con la pérdida de su poder adquisitivo, que es la denominada indexación.

Así las cosas y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se **REVOCARÁ**, la decisión proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá.

C O S T A S

Costas en ambas instancias a cargo de GRUPO EMPRESARIAL EN LINEA S.A., de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

D E C I S I Ó N

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre la señora NOHORA ESPERANZA ACEVEDO GARCÍA y la demandada GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA S.A., durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2012 al 07 de octubre de 2014, en el cual se desempeñó como colocadora de apuestas permanente dependiente, devengando como salarios el mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, de acuerdo a la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la empresa GRUPO EMPRESARIAL SERVICIOS EN LÍNEA S.A. a las siguientes sumas y conceptos:

Primas: \$185.917

Vacaciones: \$383.508 debidamente indexados.

Cesantías: \$1.823.500

Intereses a las cesantías: \$6.011

Sanción por el no pago de intereses a las cesantías: \$6.011

Auxilio de transporte: \$232.800

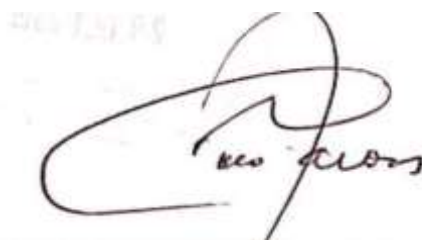
Indemnización moratoria: la suma de \$20.533 que corresponde a un día de salario por cada día de mora a partir del 30 de septiembre de 2014 y hasta que se haga efectivo su pago.

CUARTO: CONDENAR a la demandada GRUPO EMPRESARIAL SERVICIOS EN LÍNEA S.A. a realizar la afiliación de la señora NOHORA ESPERANZA ACEVEDO GARCIA al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones del periodo comprendido entre el 01 de enero de 2012 al 07 de octubre de 2014, teniendo como salario base el mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

SEXTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de demandada GRUPO EMPRESARIAL SERVICIOS EN LÍNEA S.A. de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

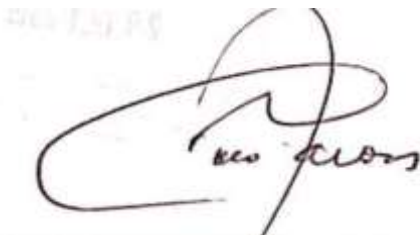


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de demandada GRUPO EMPRESARIAL SERVICIOS EN LÍNEA S.A. en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –JORGE ELIECER SUPELANO
PASTRANA –CONTRA –LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES –COLPENSIONES–**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **JORGE ELIECER SUPELANO PASTRANA**, se ordene el reconocimiento y pago del incremento del 14% sobre su pensión de vejez para su esposa Ferney Ramírez de Supelano desde el 1 de abril de 2008, junto con los intereses moratorios, asimismo, se indexen las sumas a cancelar, se condene bajo las facultades ultra y extra petita y se **condene** al pago de las costas procesales (fl. 3).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fl. 4 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que nació el 11 de febrero de 1948, que contrajo matrimonio católico con la señora Ferney Ramírez el 4 de enero de 1975, que mediante Resolución 013448 de 2008 se le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de abril de 2008 y a través de la Resolución GNR 166633

atendiendo lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 al ser beneficiario del régimen de transición, que su esposa depende económicamente de esa pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 6 y 9 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de octubre de 2019, **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda y declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada y **condenó** en costas al demandante. (CD -fl. 63).

Como argumento de su decisión, el *a quo* trajo a colación la sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional, esto con relación a la vigencia de los incrementos pensionales, precisando que los mismos se encontraban derogados hace más de 25 años, asimismo, acoto que aun en gracia de discusión y si se apartara de la sentencia emitida por la Corte Constitucional y si acogiera los postulados de la CSJ, los mismos se encuentran prescritos, atendiendo que la pensión se reconoció en el año 2008, reclamando hasta el año 2012, demandó hasta 2019, por lo que el derecho reclamado estaría prescritos, por lo que absolvió a la demandada.

CONSULTA

LA PARTE ACTORA no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JORGE ELIECER SUPELANO PASTRANA, conforme se infiere de la copia de la Resolución 013448 de 2008 (fl. 10), mediante la cual COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez en cuantía de \$977.222 a partir del 1° de abril de 2008 y en Resolución GNR 166633 de 2 de julio de 2013 en sede de reliquidación pensional, se establece que el reconocimiento se realiza de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año (fls. 13 a 15)

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”*

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**; pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

"ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

1. *Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
2. *Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de abril de 2008** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994, esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el demandante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de octubre de 2019.

COSTAS:

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

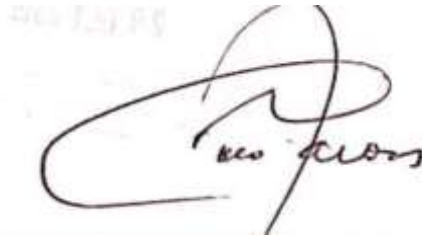
EN MERITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D. C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLAUDIA ISABEL VICTORIA NIÑO IZQUIERDO contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.-, Y -ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **CLAUDIA ISABEL VICTORIA NIÑO IZQUIERDO**, se **declare** la nulidad del traslado de la demandante a PORVENIR S.A. por vicios en el consentimiento, se **ordene** a PORVENIR S.A. a trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual por concepto de aportes a pensión, con sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, se **ordene** a esta última entidad aceptar el traslado y los dineros consignados en su cuenta individual con sus respectivos rendimientos por concepto de aportes a pensión, asimismo, se **ordene** a COLPENSIONES recibirla sin solución de

continuidad, como afiliada al sistema de seguridad social de prima media con prestación definida, se **condene** en costas y en agencias en derecho a PORVENIR.(fls.4 a 5).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 4), señaló en síntesis, que nació el 7 de julio de 1961, que el 24 de septiembre de 1985 inició cotizaciones en el ISS y que ha cotizado más de 1255 semanas en los dos regímenes pensionales, manifestó que al momento del traslado de régimen pensional contaba con estabilidad laboral y una cantidad de cotizaciones que le permitía cumplir con los requisitos de RPM administrado por COLPENSIONES, señaló que en una charla organizada por PORVENIR le informaron que el ISS sería liquidado, además, de los beneficios del traslado de régimen y que podría recibir su mesada pensional a cualquier edad, indicó que diligenció el formulario de traslado a PORVENIR el 10 de diciembre 1997 y que al trasladarse al RAIS su bono pensional se negociaría de forma inmediata y se incrementaría de forma sustancial su mesada pensional, adicional a ello, que podría escoger entre su pensión de vejez o retirar sus ahorros, agregó que fue informada por la asesora de PORVENIR que por sus rendimientos y capital podría optar por pensionarse anticipadamente, señaló no haber recibido información o asesoría personal que le permitiera conocer su situación en concreto, pero que no se realizó estudio pensional al momento del traslado, omitiendo el deber del buen consejo por parte de PORVENIR con relación a la prohibición de traslado entre regímenes pensionales, indicó que jamás se le informó sobre el monto de cotizaciones, ni los aportes voluntarios que debía realizar para obtener una mesada pensional conforme a los salarios devengados durante su vida laboral, así mismo, aseveró que elevó derecho de petición a PORVENIR en el que solicitó documentación la cual fue debidamente aportada por el fondo y que PORVENIR realizó una proyección de la mesada pensional, en la que se generó una falsa expectativa, señaló que suscribió un formulario de traslado a COLPENSIONES y que esta fue negada.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 38 a 55), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 1,2 y 27, no constarle los restantes y propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 69 a 76 vto.), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos aceptó los numerales 1,6 y 9; no constarles los numerales 3, 15 a 17, 20, 22 a 23 y 27 y no ser ciertos los restantes; propuso como excepciones de fondo prescripción, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de octubre de 2019 (CD – fl. 120), **declaró** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, **declaró** que el traslado de la demandante al RAIS fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, **declaró** que la accionante se encuentra legalmente afiliada a RPMPD hoy COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, **ordenó** a PORVENIR S.A. a

trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, si a ello hubiere lugar y rendimientos, **ordenó** a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor de la demandante que efectuó PORVENIR y convalidarlos en su historia laboral para efecto de establecer el cumplimiento de semanas como requisito en ese régimen pensional y **condenó** en costas a las demandadas.

Como **fundamentó su decisión**, señaló que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición por lo que al 1 de abril de 1994 no contaba con una expectativa legítima de pensión, no obstante, todas las pretensiones se fundamentaban en la omisión por parte del asesor por cuanto no se brindó la información clara, veraz, oportuna y suficiente que le permitiera en ese momento optar por la mejor posibilidad de régimen pensional conociendo las condiciones, económicas, jurídicas y financieras de los regímenes pensionales y de manera concreta el RAIS, señaló que en el formato de vinculación, solo se consignó información de carácter general como nombres, apellidos, número de cedula y vínculo laboral, sin que allí se haya plasmado ninguna característica particular de alguna condición individual de la demandante que se pudiera considerar que se le brindó la asesoría y la información suficiente, teniendo en cuenta, la densidad de cotizaciones que la accionante registraba al régimen de invalidez, vejez y muerte del entonces ISS, para ese momento la información que brindó el asesor fue sobre las ventajas del RAIS, pero sin compararlo con el RPMPD y sin ahondar en algunos aspectos de carácter técnico relacionados por ejemplo con la forma de cuantificar un derecho pensional en ese sistema y de la necesidad de generar unos aportes voluntarios en caso de acceder a una pensión anticipada, tampoco le fueron informadas las distintas modalidades en el RAIS, ni las desventajas, ni le fueron explicadas las condiciones económicas y jurídicas del RAIS, porque para la época no se realizaba más que una gestión técnica por parte de los asesores, ya que,

cumplían con una función comercial para incrementar el capital del sistema, por lo cual, se echó de menos que se haya realizado una información completa, clara, veraz y precisa sobre las consecuencias o implicaciones del cambio de régimen. Indicó que no se observó que se haya cumplido con el deber de asesoría que le asistía a la demandante, más que la expresión de la voluntad que se encontró plasmada en el formulario, teniendo en cuenta que no se cumplió con las dos etapas para el traslado de régimen, siendo la inicial la correspondiente a señalar unas condiciones precisas del régimen pensional y una etapa final en la que se determina las condiciones y requisitos para el disfrute de un eventual derecho pensional; deber de información se encontraba establecido en el artículo 663 del Estatuto Financiero del año 1993, circunstancia que no se observó porque correspondía a PORVENIR SA demostrar desplegó toda la gestión en aras de informar a la afiliada la conveniencia o no de su traslado, por lo cual debía demostrar que cumplió con los supuestos; finalmente señaló que se observó un desconocimiento total por parte de la demandante de las reglas que rigen el RAIS en el interrogatorio parte, indicando que la desinformación constituye la ineficacia del acto jurídico como es la afiliación, declarando la ineficacia más no la nulidad.

APELACIÓN

La parte demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, indicando que la decisión del traslado de régimen de la demandante se dio de manera libre, espontánea y sin ejercer presión y la misma nunca ejerció su derecho al retracto lo cual ratificó con su traslado, señaló que los asesores estaban capacitados e informaban a los posibles afiliados las características de los regímenes, e indicó que los afiliados tenían acceso a la información que se encontraba en los medios de comunicación más exactamente los periódicos, así mismo, señaló que por la profesión de abogada de la

demandante la misma no podía desconocer la norma por sus conocimientos, y señaló que PORVENIR cumplió con el deber de información que para la fecha se solicitaba, tanto así, que su voluntad se evidenció con la suscripción del formulario con BBVA hoy PORVENIR indicando que la misma se encontraba en el régimen de manera voluntaria así como su permanencia en el régimen. Finalmente señaló que PORVENIR en la asesoría indicó las formas, maneras y particularidades de pensionarse haciendo un especial énfasis en el RAIS, siendo un fondo de capitalización de aportes, en el que el monto de la pensión depende del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, siendo la característica primaria sobresaliente del RAIS.

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, acotando que había actuado conforme al mandato legal que la obliga a no aceptar el traslado de la demandante, ya que se encontraba a 10 años o menos de tener la edad para ser acreedores de un derecho, señaló que en el entendido de no habersele brindado la información suficiente, situación que desconoce la demandada, para la data del traslado las administradoras no estaban obligadas a documentar dicha información, por lo cual, las únicas pruebas, que pueden tenerse en cuenta, son los aspectos con relación a los rendimientos, que la misma señaló en su demanda, así mismo, la accionante indicó en interrogatorio de parte en la demanda que podía optar por una pensión o por retirar los aportes en el RAIS, situación que no ocurre en el RPMPD; finalmente, manifestó que con el traslado se estaría frente a una descapitalización del sistema, ya que la demandante por más de 20 años no cotizó al RPMPD, lo cual generaría una afectación a los afiliados, y no se evidencia una desinformación por parte de la demandante y que al ser abogada, conocía los preceptos de la ley 100 de 1993 con relación a los regímenes pensionales.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de PORVENIR S.A., es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado en los términos precisados por el recurrente PORVENIR, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ni mucho menos que se invierta la carga de la prueba en los casos en los que se alega nulidad y deba probar el extremo pasivo que no existieron los vicios referidos, situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba *“(...) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)”* (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, sin que esto constituya una carga desproporcionada en los términos precisado por la pasiva recurrente, toda vez que al tratarse de una negación indefinida en los términos precisados por el artículo 167 del CGP, se invierte la carga de la prueba debiendo las administradoras que cumplieron con el deber de informar, sin que al demandante tenga que probar nada referente al asunto. De igual forma se precisa, que no es necesario que quien predica la nulidad

o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora CLAUDIA ISABEL VICTORIA NIÑO IZQUIERDO el 10 de diciembre de 1997, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A.(fl. 78), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de febrero de 1998 (fl. 79), encontrándose afiliada en la actualidad en esta última entidad conforme a certificación que milita a folio 77 del expediente, efectuando cotizaciones en éste régimen desde enero de 1998 a la fecha (fls. 81 a 101 vto). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 24 de septiembre de 1985 hasta el 01 de abril de 1990, por otro lado del documento de la oficina de bonos pensionales que milita a folio 80 del expediente registra cotizaciones a través de su empleador Procuraduría General de la Nación del 04 de enero de 1993 hasta el 30 de diciembre de 1997 con origen de la información “AFPS” y en el que se consignó en el formulario de afiliación de PORVENIR (fl. 78) que la entidad administradora anterior “Cajanal”.

En este punto, es dable precisar que conforme a lo estipulado en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 se estableció que el ISS hoy COLPENSIONES sería el administrador general del régimen pensional de prima media con prestación definida y que las cajas, fondos o entidades de previsión públicas o privadas cumplirían dicha función únicamente respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieran. La misma regla se reiteró en el Decreto 692 de 1994, que en su artículo 34 señaló que el régimen de solidaridad de prima media con prestación definida sería administrado por el Instituto de Seguros Sociales, así como por las cajas fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994 mientras subsistieran, pero estas últimas solo en relación con las personas que a 31 de marzo de

1994 fueren sus afiliados, no pudiendo, en consecuencia, recibir nuevos cotizantes a partir de dicha fecha.

Por ello, conforme al Decreto 813 de 1994, el extinto ISS hoy COLPENSIONES adquirió la competencia para pensionar a los afiliados de las cajas y fondos de previsión respecto de las cuales se ordenó su liquidación, evento en el cual surge el derecho a obtener un bono pensional en los términos en que se haya fijado por el Gobierno Nacional. La responsabilidad que se le entregó al ISS no quedó atada a periodos previos de cotización o al traslado de aportes, sino que quedó establecida de manera directa como parte de la transformación legal del sistema que buscaba un solo administrador del régimen de prima media y la lenta extinción de otro tipo de fondos públicos que habían venido cumpliendo esa labor, tal como se estableció por parte del Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil el 2 de junio de 2015 radicación 2015-00037.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a PORVENIR S.A. obrante a folio 78 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal y como lo reprocha la demandada COLPENSIONES en sus argumentos de disenso, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue verás, sin que pueda tenerse como satisfecho el deber de información con el hecho que la demandante indicara que era abogada y que debía conocer las implicaciones con relación al traslado de régimen que realizaba para el año 1997, toda vez que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado, sin que se pueda pretender trasladar dicha obligación a la accionante bajo las circunstancias alegadas por las recurrentes (CSJ SL 4426-2019); de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Ahora, si bien la demandante permaneció más de 5 años en el RAIS tal y como lo cuestionaron las apelantes, de por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para explicarle todo lo relacionado con el régimen, habida cuenta que el deber de información data independientemente del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado o del tiempo de permanencia en el mismo; siendo el deber de la AFP asesorarlo y no de esta, de buscar la información por sus propios medios.

Finalmente y con relación a los comunicados de prensa que obran en el infolio, donde se le informa a todo público el derecho a trasladarse de régimen y los requisitos adicionales para los beneficiarios del régimen de transición, no lo es menos que dicha información es de carácter general, pues no se indican las ventajas de uno u otro régimen, por lo que no suple el deber de información que debió darse a la demandante para la fecha en que efectivamente se realizó éste.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de

la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PORVENIR S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en esta administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. Por lo que sobre este punto, se modificará la sentencia apelada en tanto el *a quo* no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros antes expuestos.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período

determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ EL ORDINAL CUARTO** de la sentencia apelada, en la forma antes expuesta.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo PORVENIR S.A. y COLPENSIONES de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

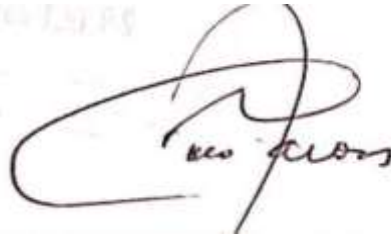
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 15 de octubre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

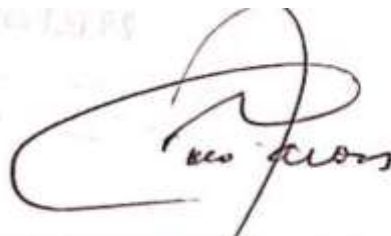


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – MARY ALEJANDRA ROJAS TORRES - contra –BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARY ALEJANDRA ROJAS TORRES**, se **declare** que existió un contrato de trabajo verbal con la demandada BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS entre el 24 de septiembre de 2015 al 16 de enero de 2016, que finalizó por causa imputable al empleador, que fue contratada para desempeñar el cargo de optómetra, el cual fue ejecutado de manera personal, en la ciudad de Bogotá, atendiendo las ordenes e instrucciones de la demandada y cumpliendo el horario de trabajo señalado por la misma, adicionalmente, se **declare** que le adeuda salarios, cesantías junto con los intereses, subsidio de transporte, vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa. Como consecuencia, se **condene** al pago por despido injustificado, indemnización por no afiliación a un fondo de cesantías, cesantías junto con sus intereses, auxilio de transporte, vacaciones, horas extras y trabajo suplementario, indemnización moratoria, así como a los pagos por seguridad social, que las sumas reconocidas se indexen al momento de su pago, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 5 a 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló en síntesis, que prestó sus servicios personales y bajo subordinación de la demandada entre el 24 de septiembre de 2015 hasta el 16 de enero de 2016, que el cargo que desempeñó fue el de optómetra y que dentro de sus funciones estaba las de realizar valoraciones de optometría y visiometrías, acatar y respetar las disposiciones internas de orden técnico y administrativo entre otros, que el horario de trabajo lo adelantó de lunes a viernes de 7 am a 5pm y los sábados de 7am a 12 pm, que la remuneración ascendió a la suma de \$2.800.000, agregó que el 7 de enero de 2016 reclamó el pago de los trabajado en los meses de noviembre y diciembre del año 2015 sin que se atendiera lo solicitado, que inclusive, no había recibido pago para el mes de enero de 2016 y que no fue afiliada a salud, pensión y ARL y que a la fecha la demandada no le cancelaba ningún emolumento.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS- contestó el introductorio (fls. 24 a 82), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, indicó ser parcialmente ciertos los contenidos en los numerales 2, 4, 6 y no ser ciertos los restantes, señalando en síntesis, que no existió un contrato verbal sino un contrato por prestación de servicios debidamente firmado que inició el 24 de septiembre de 2015 y finalizó el 15 de enero de 2016, cuando en esta última fecha, la demandante abandonó la labor contratada sin notificación alguna a la sociedad, agregó que en efecto la demandante ejercía sus labores como optómetra y asistía en el horario que más le convenía, que lo honorarios pactados correspondieron a \$2.800.000 y que lo que se le adeudaba los honorarios de la quincena del 15 al 30 de diciembre de 2015 y del 1 al 15 de enero de 2016 ya que la actora no los reclamó conforme se encontraba pactado en la cláusula tercera literal e) del contrato de prestación de servicios, finalizó indicando que en su calidad de contratista debió realizar los pagos a seguridad social y que no tenía derecho alguno con relación a los emolumentos solicitados en la demanda. Propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, inepta demanda, falta de competencia y la genérica o innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de agosto de 2019 (CD -fl. 49), **absolvió** a la demandada de todas las pretensiones incoadas por la demandante y **ordenó** a la demandada pagar los honorarios debidos a la señora MARY ALEJANDRA ROJAS TORRES y **no impuso** condena en **costas**.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación lo establecido en el CST en los artículos 22,23, 24 CST, trajo a colación el acervo probatorio obrante en el infolio y dado que la demandada había aportado la prueba documental correspondiente al contrato de prestación de servicios derrumbó con este documento la presunción de la existencia del contrato de trabajo junto con la confesión ficta del interrogatorio de parte con relación a ser cierto que había firmado un contrato de prestación de servicios y que al no tener otros elementos de prueba que indicaran que hubo una subordinación, así como lo establecido en el art 167 CGP establecía que quien afirmaba una cosa estaba obligado a probarla y que por ello se concluía que entre las partes lo que realmente existió fue un contrato de prestación de servicios.

Agregó que no podía pasarse por alto, que se le adeudan honorarios correspondientes del 15 al 30 de diciembre del año 2015 y del 01 al 15 de enero de 2016, razón por la que consideró atendiendo las facultades ultra y extra petita, ordenaba su pago a la demandada por la suma de \$2.800.000 al no existir controversia con relación al monto, sobre las excepciones se relevó del estudio de los mismos y se abstuvo de imponer condena en costas.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, indicando que si bien no se había suscrito un contrato laboral, también lo era que ese contrato de prestación del servicio debía analizarse en apelación con relación al tipo de profesión que la demandante desempeñaba a favor de la demandada, que al tratarse de un servicio médico, esta se realizaba bajo la prestación personal de servicio, así como la atención de pacientes en el horario establecido por la

demandada, agregó que en ningún momento tuvo autonomía o independencia para prestar su labor, hecho puntual para establecer que no existió un contrato de prestación de servicios sino un contrato laboral y que así lo tenía planteado la jurisprudencia, en el que este tipo de contrataciones son usadas para esconder el contrato realidad.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si la demandante estuvo ligada por una relación laboral dependiente y subordinada con BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS, o si, por el contrario, lo que existió fue otro tipo de vinculación contractual, ejecutada en forma autónoma e independiente por ésta y regido por normativas ajenas al derecho laboral. Asimismo, en caso de confirmarse la existencia de una relación laboral, determinar si hay lugar el reconocimiento de las pretensiones solicitadas en el líbello demandatorio y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Existencia de un contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Asimismo, debe señalarse que, por lo general, en los contratos de prestación de servicios el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, sin embargo, bajo ciertas particularidades es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Precisado lo anterior, en el asunto puesto a consideración de la Sala, no existe discusión con relación a la prestación personal del servicio de la demandante, pues así fue aceptado por la demandada y acreditado a través del contrato de prestación de servicios que milita a folios 29 a 31 del expediente, suscrito el 24 de septiembre de 2015; así como el interrogatorio de parte efectuado por el representante legal de la entidad, en el que ratificó que la demandante prestó sus servicios en la entidad desde el 24 de septiembre de 2015 hasta el 2016 atendiendo pacientes desde la mañana y en la tarde, en el que se le reconocían por la labor realizada unos honorarios.

Por lo anterior y al haber operado la presunción del artículo 24 del CST, debe entonces analizarse las pruebas aportadas al proceso a fin de verificar la forma en que se ejecutó el contrato existente entre las partes, esto es, si la actora actuaba con autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinada.

En este punto es importante precisar, que la controversia que se presenta en el caso *sub examine*, es entre un profesional de la salud y una entidad prestadora de servicios de salud, ambos sometidos a las reglas del sistema de seguridad social en salud previstas en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la complementan y reglamentan, como la Ley 1164 de 2007 o

ley de talento humano en salud, que se rige por un conjunto de principios, normas y procedimientos a los que deben someterse todos los actores del sistema, por lo que en muchas ocasiones pueden dar a entender que el contratista de prestación de servicios está subordinado a la empresa contratante; de ahí que, ante esa situación, el juez también está en la obligación de determinar, en cada caso en particular, si la imposición y correlativo cumplimiento de las funciones que debía desempeñar el demandante son derivadas del sistema de salud o, por el contrario, eran propias del contrato de trabajo. (CSJ SL 4347 de 2020-Rad. 84666)

Precisado lo anterior, se extrae del contrato de prestación de servicios, suscrito entre BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL –BYSE- SAS en calidad de contratante y MARY ALEJANDRA ROJAS TORRES como contratista (demandante), pactaron en su cláusula primera, denominada OBJETO, lo siguiente: *“(...) El contratista prestara sus servicios profesionales independientes como Optómetra Especialista en Salud Ocupacional a EL CONTRATANTE y en especial a su unidad corporativa denominada BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS (...) La asesoría prestada (...) comprende entre otras, a) recepción y entrevista para OPTOMETRIAS de personas autorizadas por el contratante bajo el protocolo establecido en los manuales internos de BYSE. (...) c) reportar los pacientes con resultado con restricciones de salud pero autorizados para su ingreso laboral por EL CONTRATANTE. d) comunicar de manera completa, oportuna y veraz todo tipo de hallazgo médico y ocupacional referido al personal asignado para su manejo respetando la reserva de historia clínica. e) Suscripción de concepto médico especializado en caso de requerirse el mismo por el personal de EL CONTRATANTE (...)”*. Aunado a ello, en la cláusula tercera, denominada OBLIGACIONES ESPECIALES DE EL CONTRATISTA se pactó: *“(...) c) Resolver las consultas con la mayor celeridad posible, d) Realizar las ampliaciones de conceptos que se le soliciten sobre los exámenes entregados para diagnóstico y análisis que se le hayan entregado y/o en las oportunidades que le sean requeridas por EL CONTRATANTE (...)”*

De igual forma, en la cláusula cuarta, se concertó como obligaciones a cargo del contratante (demandado) *“(...) b) EL CONTRATANTE se obliga a suministrar los elementos e información requerida por EL CONTRATISTA*

desempeñe las actividades para las cuales es contratado, sin que el suministro de estas herramientas, equipos, elementos o insumos implique de manera alguna subordinación jurídica a EL CONTRATANTE, c) EL CONTRATANTE se obliga a entregar oportunamente toda la información que sea necesaria para el cabal cumplimiento del objeto del contrato (...)” y del que también se extrae de la cláusula sexta, con relación a la duración del contrato que “(...)se celebra de manera indefinida (...)”.

Así las cosas, queda claro que se dieron los presupuestos de la primacía de la realidad sobre las formas, pues no avizora autonomía e independencia de la actora con relación a lo pactado en el contrato de prestación de servicios con el cual se apoyó la llamada a juicio para indicar que no existió vínculo laboral alguno, posición que avaló *el a quo* indicando que con esa única prueba documental junto con lo manifestado por el representante legal en el interrogatorio de parte desvirtuaba en su totalidad la subordinación alegada aunado a la confesión ficta, cuando reconoció haber suscrito el referido acuerdo de voluntades.

Nótese entonces, que lo pretendido por la demandada era esconder la verdadera relación laboral que ató a las aquí partes, pues claramente las actividades consignadas en el mencionado contrato, no podían gestionarse de manera autónoma e independiente y por el contrario requerían de una constante subordinación, en primer lugar porque estaba sometido a un horario de trabajo, pues las personas-pacientes a las que tenía que entrevistar y valorar para realizar las optometrías, las autorizaba directamente la entidad de salud en sus instalaciones y así lo ratificó en su interrogatorio de parte el representante legal, aun cuando queriendo indicar que no existía horario específico y que si no había agenda la demandante no tenía obligación alguna de asistir a las instalaciones de la empresa, lo cierto es que, manifestó que se atendían los pacientes de lunes a sábado en horas de la mañana y en la tarde, por lo que resulta inequívoco concluir, que quien organizaba la agenda de la actora era la demandada de acuerdo a su criterio, imponiéndole con esa forma un horario de trabajo, siendo evidente que la promotora de la litis no podía disponer de manera libre de su tiempo, sino por el contrario estaba sujeta a la agenda que le programara la demandada.

Asimismo, se le imponía que realizara las consultas de manera ágil y la rendición o ampliación de conceptos de orden profesional cuando así se lo requiriera la demandada, sin que se pueda pasar por alto la duración indefinida que se pactó en el contrato suscrito, correspondiendo esto a una situación propia de una verdadera relación laboral, que en vez de desvirtuar la subordinación, la confirma.

Ahora, llama especialmente la atención de la Sala, que desde la contestación de la demanda, así como en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad, excusa su incumplimiento en el pago de los últimos “honorarios” (15 al 31 de diciembre de 2015 y los del 1 al 15 de enero de 2016), en que la demandante no pasó la cuenta de cobro de los referidos, tal y como se estipulaba en el literal e) del acuerdo de voluntades ampliando su versión de impago de estos emolumentos, en interrogatorio de parte, indicando el representante legal que para obtener el pago de sus honorarios, debía pasarse junto con la cuenta de cobro la planilla que acreditara el pago de los parafiscales, no obstante ninguna prueba se allegó que ratificara su dicho, pues si bien se abstuvo de pagar estos últimos debido al incumplimiento de soporte documental por parte de la demandante, lo cierto es que nada se allegó con relación a los pagos efectuados con anterioridad.

Precisa la Sala, respecto a la imposición de órdenes, si bien tal elemento no se evidencia de manera nítida dentro del plenario tal y como lo acotó el *a quo*, esto no quiere decir que el mismo no se haya dado, toda vez que debe recordarse que la labor ejecutada por la demandante estaba relacionada con la de –optómetra-, lo cual le permitía potestad en sus decisiones al ser profesional en esa área de la salud, en la que debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha explicado que ninguna actividad profesional de las llamadas liberales que se desarrollen en virtud de un contrato civil o comercial, está exenta de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que esta opera, sin excepción o distinción, en «*toda relación de trabajo personal*» regulada por dicho estatuto (CSJ SL225-2020).

Así las cosas y pese a que se haya pactado una exclusión laboral, se insiste, la demandada no desvirtuó la verdadera relación de trabajo dependiente, porque más allá de documentos o palabras que utilicen los contratantes para definir el tipo de relación que los va a unir, lo realmente relevante es el contenido material de esta, así como los hechos que la determinan, en el que debe precisarse, si bien en los contratos de prestación de servicio no está vedado que para una función de coordinación, el contratante establezca algunos lineamientos para una adecuada prestación del servicio y pueda exigirse el cumplimiento de las obligaciones pactadas así como ciertas responsabilidades establecidas en el objeto contractual, debe prevalecer la autonomía e independencia del contratista, estas no pueden desbordarse tal y como se presentó en el presente asunto claramente en el que el demandado no logró derruir la presunción a su cargo.

Finalmente y con relación a la declaratoria de confeso que realizó el *a quo* respecto de las preguntas 1 a 3 del cuestionario allegado por la demandada en sobre cerrado (fl. 46), de conformidad con lo establecido en el artículo 197 del CGP, toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otros medios de convicción, en la medida que el juez de trabajo está prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a tarifa legal de pruebas, por tanto, la confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL 1357-2018). Así, conforme a la pregunta numero 1 dirigida a la demandante con relación *-a indicarle al despacho, como era cierto o no que había firmado un contrato de prestación de servicios-*, está sola aceptación no desvirtuaba la subordinación.

Por tales motivos y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, no queda más que **REVOCAR** la decisión de primera instancia.

Extremos laborales y salario

En cuanto a los **extremos laborales** refiere la parte actora que el vínculo laboral con la demandada inició el 24 de septiembre de 2015 y finalizó el 16 de enero de 2016. No obstante, al momento de contestar la demanda, BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS aceptó que el vínculo contractual se había dado entre el **24 de septiembre de 2015 hasta el 15 de enero de**

2016. Así las cosas y al no existir prueba con relación al extremo final que indicó la demandante en el libelo introductor, se tomará como extremo final el aceptado por la demandada, sin que exista discusión con relación al extremo inicial.

En cuanto al **salario**, se tendrá la suma de \$2.800.000, al encontrarse consignado en el contrato de prestación de servicios en la cláusula segunda (fl. 29) y que fue aceptado por el demandado al momento de la contestación.

Acreencias laborales

Ahora bien, reclama el demandante el pago de **salarios, auxilio de transporte, cesantías junto con sus intereses y vacaciones**, durante la vigencia de la relación laboral, debiéndose estudiar la excepción de *PRESCRIPCIÓN* propuesta por BIENESTAR Y SALUD EMPREESARIAL SAS.

Como es sabido, el término de prescripción en materia laboral está regulado por los artículo 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normas que establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años que se contarán desde que la respectiva obligación se hace exigible, y que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, tiene efectos de interrumpir el término de prescripción, únicamente por un lapso igual.

En el presente caso, quedó establecido que la relación laboral que ligó a la señora ROJAS TORRES y BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS estuvo vigente desde el 24 de septiembre de 2015 hasta el 15 de enero de 2016, y dado que la demanda se presentó el día **9 de octubre de 2018** (fl. 13), deberá declararse probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta, frente a las **acreencias laborales** causadas con anterioridad al **9 de octubre de 2015**, sin que se vean afectadas por el fenómeno de la prescripción las vacaciones y las cesantías, estas últimas, dado que se hicieron exigibles a la terminación del contrato de trabajo, y entre esa fecha y la presentación de la demandada no transcurrió el trienio prescriptivo.

Salarios insolutos

Reclama la demandante el pago de los meses de noviembre, diciembre y los días laborados en enero de 2016, no obstante la demandada, al momento de contestar solo reconoció que le adeudaba lo correspondiente, entre el 15 al 30 de diciembre del año 2015 y 15 días de enero de 2016, por lo que el *a quo* en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, dispuso el pago de lo que reconoció la demandada le adeudaba a la demandante, no obstante en el presente asunto, tal y como quedó precisado en precedencia, el demandado no demostró el pago de ningún emolumento por concepto de honorarios y que llevan a que se condene a la suma de **\$7.000.000, conforme lo reclamó la actora en libelo introductorio.**

Ahora bien, con relación al pago que reclama por concepto de **auxilio de transporte**, es importante precisar que no se accede a lo solicitado, toda vez que la actora devengaba más de dos salarios mínimos.

Finalmente y con relación al pago reclamado de **cesantías junto con sus intereses**, así como de las **vacaciones**, una vez realizado los cálculos aritméticos, se establece que conforme al salario aquí declarado (\$2.800.000), a la demandante le corresponde durante todo el tiempo laborado los siguientes emolumentos:

Vacaciones: \$431.667

Cesantías: \$863.333

Intereses a las cesantías: \$23.893

Horas Extras

Pretende la demandante el pago por jornada suplementaria y/o de horas extras, sin indicar en el libelo introductorio de forma puntual, cristalina y diáfana los días y horas en que extendió su jornada laboral, por lo que concluye la Sala que la demandante en el presente asunto, no logró demostrar lo correspondiente frente a lo aquí reclamado, ya que de vieja data la jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que le incumbe al trabajador la carga de la prueba de haber

laborado en esos días, sin que dicha situación fáctica pueda demostrarse de manera genérica, sino de manera, discriminada, concreta y específica, para poder impartir condenas frente este concepto, “(...) *Para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos, las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas*”(CSJSL rad. 13678 23 de mayo de 2000, CSJSL Rad. 31637 15 de julio de 2008, SL 2051 de 2014, SL 9318 del 22 de junio de 2016, SL 10418 y 3009 de 2017), razones suficientes para no acceder a lo pretendido frente a este tópico.

De los aportes al sistema de seguridad social integral.

Pensión – Como quiera que de conformidad con el art. 15 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el art. 3 de la Ley 797/2003) son afiliados en forma obligatoria al sistema general de pensiones, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y que el artículo 17 ibídem dispone la obligatoriedad de las cotizaciones al régimen del sistema general de pensiones, al encontrarse acreditado el vínculo laboral entre el demandante y la demandada, como fue indicado al inicio de esta decisión, era obligación de ésta la afiliación de la ex trabajadora al sistema general de seguridad social en pensiones.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que no se demostró que se hubiera afiliado a la demandante a un fondo de pensiones por parte de la demandada, forzoso resulta condenarla a realizar la afiliación de la señora MARY ALEJANDRA ROJAS TORRES al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones del periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2015 al 15 de enero de 2016, teniendo como salario base la suma de \$2.800.000.

Asimismo, se condenará a la demandada a realizar a cancelar los **aportes al**

sistema de salud de la demandante a la Entidad Promotora de Salud en donde se encontraba afiliada en el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2015 al 15 de enero de 2016, teniendo como salario base la suma de \$2.800.000, pues así lo tiene precisado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en el que su pago resulta obligatorio, así no hubiera disfrutado el servicio, debido al carácter contributivo del sistema, a la necesaria financiación de cuentas de solidaridad como la del FOSYGA y a la posible afectación de las prestaciones que debe reconocer el sistema (Ver CSJ SL, 23 mar. 2011, rad. 46576, CSJ SL1457-2015, CSJ SL9373-2015, CSJ SL14385-2015, CSJ SL15439-2015). Por otro lado, no resulta procedente ordenar el pago a la Aseguradora de Riesgos Laborales conforme lo reclama en la demanda, ya que la omisión de dichos aportes, generan otro tipo de consecuencias legales. (CSJ SL 1064 de 2018)

Indemnización del art. 65 CST y art. 99 Ley 50 de 1990.

En lo referente a estas dos clases de indemnizaciones moratorias, es criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas prestaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena fe que guiaron la conducta del empleador, tal y como lo ha indicado en sentencias SL 35414 – 2009, SL16572 de 2016 y SL-11436 de 2016, entre otras.

Así las cosas, para determinar si hubo buena fe en la actuación del empleador, se deben considerar los elementos y las circunstancias existentes al momento de la finalización del vínculo laboral, que se supone es el momento en que el empleador debe satisfacer las obligaciones económicas que tiene con el trabajador, tal y como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 08 de abril de 2008 con radicado No. 29999, posición reiterada en sentencia del 24 de enero de 2012, expediente No. 37288.

Durante el devenir del presente proceso, quedó en evidencia que la demandada quiso ocultar la verdadera relación que existió entre las partes, haciendo creer que se trató de un contrato de prestación de servicios,

cuando claramente la labor ejercida por la actora estuvo regida por un contrato de carácter laboral, pues así se demostró en el presente asunto, al no haber desvirtuado la subordinación que tenía a su cargo, lo cual conlleva a la imposición de las sanciones solicitadas.

En cuanto a la **indemnización por no consignación de las cesantías** de que trata el art. 99 de la ley 50 de 1990, ha sido reiterada la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al indicar que la falta de consignación de una anualidad de cesantías origina la mora hasta el momento en que ocurra la satisfacción de esa parte de la prestación o a partir de la terminación del contrato, momento en que empieza a causarse la indemnización moratoria por no pagarse acreencias labores (SL 70892/2019).

No obstante lo anterior, debe precisarse que como el vínculo laboral se dio en el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2015 al 16 de enero de 2016, al momento en que finalizó el contrato de trabajo aún no había surgido la obligación para el empleador de consignarlas, por lo que se absolverá al demandado del pago de la sanción aquí solicitada.

En lo que respecta a la **indemnización moratoria** al no haberse acreditado las razones de incumplimiento en el pago de las acreencias laborales por parte de la demandada, ni haber justificado su comportamiento, le incumbe el reconocimiento de la indemnización solicitada. Debe precisarse, que en el presente asunto, ya habían pasado más de 24 meses contados desde la terminación del contrato que lo fue el 15 de enero de 2016 y la demanda se presentó el 9 de octubre de 2018 (fl. 13) y atendiendo que la actora devengaba más de un salario mínimo legal mensual vigente, se condenará a la demandada a reconocer la suma de \$67.200.000 que corresponde a los primeros 24 meses y a partir del mes de 25 intereses moratorios a la tasa máxima de los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre los salarios y prestaciones sociales adeudados, desde el primer día del incumplimiento, esto es, desde el 16 de enero de 2016, hasta cuando salde la respectiva deuda en su totalidad.

En este punto es importante precisar, que la forma de calcular la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, esta Sala de

decisión en virtud al principio de favorabilidad, acoge la interpretación más favorable al trabajador, que no es otra que la establecida por la Corte Constitucional en sentencia C – 781 de 2003, que al analizarla, expuso:

“(...) En cuanto a la indemnización moratoria, es evidente que a todos los trabajadores a los que se les termine la relación laboral y no se les cancele en dicho momento los salarios y prestaciones debidas por parte del empleador, se les debe seguir cancelando a título de indemnización una suma igual al último salario diario por cada día durante los veinticuatro (24) primeros meses de retardo.

*Pero, es igualmente claro, a partir del mes veinticinco (25) de retardo solo a los trabajadores que devenguen hasta un salario mínimo mensual vigente y se encuentren en el supuesto de hecho de la norma se les seguirá pagando por cada día de retardo una suma igual al último salario diario, **mientras a que a los demás trabajadores se les exige adicionalmente haber acudido ante la jurisdicción ordinaria durante ese periodo y haber obtenido un pronunciamiento judicial, pues de lo contrario se les cancelarán únicamente intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, desde el mes veinticinco (25) y hasta cuando el pago se verifique.***

Si se tiene en cuenta que el anterior sistema de indemnización moratoria continua vigente para los trabajadores que devenguen hasta un salario mínimo, es incuestionable que si la mora en el pago de salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato supera los veinticuatro (24) meses, a estos les corresponderá a partir del mes veinticinco (25) una indemnización moratoria en mejores condiciones que la que le correspondería a los trabajadores que recibían una asignación mayor pero no demandaron judicialmente el pago durante ese periodo, lo cual lleva a la Corte a indagar si se justifica el establecimiento de este trato diferencial en favor de aquellas personas.

(...)

Así las cosas, lejos de atentar contra el derecho de igualdad la norma acusada pretende hacerlo efectivo, pues al prolongar para los trabajadores que reciben hasta el salario mínimo la vigencia del régimen de indemnización moratoria previsto en el artículo 65 del CST, el legislador cumple con el mandato del artículo 13 de la Carta que le impone al Estado el deber de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad manifiesta, objetivo que tal vez no se lograría si en caso de mora en el pago de las acreencias laborales por un lapso superior a los veinticuatro (24) meses, dichos trabajadores no contaran con un mecanismo como el previsto en el artículo 65 del CST, que sanciona drásticamente al empleador que a la terminación del contrato de trabajo no cancela los salarios y prestaciones sociales.

*No quiere significar lo anterior que los trabajadores que perciben una asignación superior al salario mínimo hayan quedado desprotegidos en el evento en que a la terminación del vínculo su empleador no les pague los salarios y prestaciones adeudados, lo cual si resultaría desproporcionado, pues de todas formas tienen derecho a la indemnización por falta de pago. **Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria, pues de lo contrario sólo podrán reclamar intereses moratorios** “a la tasa máxima” para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto.” (subrayado fuera de texto)*

Despido sin justa causa.

Frente al particular, ha de indicarse que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha referido sobre la carga demostrativa a la que se somete cada una de las partes en discusión sobre la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral y ha sostenido que la demostración del despido le corresponde al actor y la justificación o comprobación de las causales o hechos que motivaron la decisión, le corresponden a la demandada.

Precisado lo anterior, en el presente asunto la actora no cumplió con la carga probatoria de demostrar lo correspondiente al mismo, pues si bien dentro de los hechos contenidos en la demanda, aduce que el 07 de enero de 2016 requirió a la demandada a efectos de que le efectuara los pagos por los servicios personales prestados en noviembre y diciembre del año 2015, sin recibir respuesta alguna por parte de la demandada, lo cierto es que esta situación de orden fáctico no fue probada dentro del presente asunto, así como tampoco una renuncia motivada que permitiera inferir que en efecto su retiro se dio por los motivos expuestos en el libelo introductor.

Indexación

Teniendo en cuenta la condena aquí efectuada, se ordenará el pago de la **indexación** solamente en relación a las vacaciones, toda vez que el trabajador no puede beneficiarse, al mismo tiempo, de la indemnización moratoria y de la indexación frente a un mismo concepto salarial o prestacional, pues la consecuencia de la mora se sanciona con la una o con la otra, dependiendo de si se acredita o no la buena fe del empleador en su conducta omisiva frente al pago.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de emolumentos laborales que no pueden clasificarse como salariales o prestacionales, como sucede con las vacaciones, porque en esos casos el incumplimiento o la tardanza en su cancelación no se resarce mediante el pago de la indemnización moratoria, sino a través de un mecanismo que les permite, al menos, reponerse de los efectos relacionados con la pérdida de su poder adquisitivo, que es la denominada indexación.

Así las cosas y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se **REVOCARÁ**, la decisión proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS

COSTAS en ambas instancias a cargo de BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato laboral entre la demandante MARY ALEJANDRA ROJAS TORRES con BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS desde el 24 de septiembre de 2015 al 15 de enero de 2016, periodo en el cual se desempeñó como optómetra, devengado como salario la suma de \$2.800.000, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos:

Salarios: \$7.000.000

Vacaciones: \$431.667 que deberá indexarse al momento de su pago

Cesantías: \$863.333

Intereses a las cesantías: \$23.893

Indemnización moratoria: \$67.200.000 por los primeros 24 meses y a partir del mes 25, reconocimiento de los intereses moratorios a la tasa máxima de los créditos de libre asignación, sobre los salarios y prestaciones

sociales adeudados, desde el 16 de enero de 2016, hasta cuando salde la respectiva deuda en su totalidad.

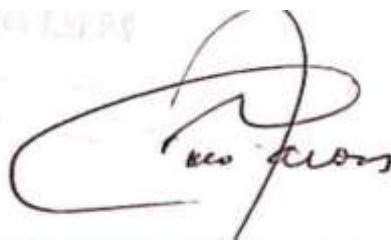
CUARTO: CONDENAR a la demandada a realizar la afiliación de la señora MARY ALEJANDRA ROJAS TORRES al Fondo de Pensiones de su escogencia y el consecuente pago de la reserva actuarial que determine dicho fondo de pensiones del periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2015 al 15 de enero de 2016, teniendo como salario base la suma de \$2.800.000.

QUINTO: CONDENAR a la demandada a realizar los correspondientes **aportes al sistema de salud** de la señora MARY ALEJANDRA ROJAS TORRES a la Entidad Promotora de Salud en donde se encontraba afiliada en el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2015 al 15 de enero de 2016, teniendo como salario base la suma de \$2.800.000.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS, de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

SÉPTIMO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

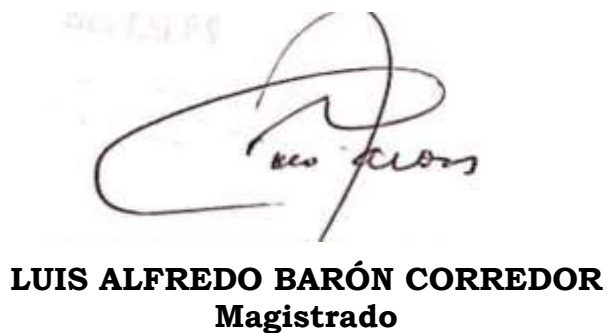


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de BIENESTAR Y SALUD EMPRESARIAL SAS en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – SOREL VELÁSQUEZ QUINTERO
- contra – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **SOREL VELÁSQUEZ QUINTERO**, se **declare** la nulidad del traslado del régimen efectuado el 01 de octubre de 1995 del ISS a PROTECCIÓN S.A., se **ordene** a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, se **ordene** a COLPENSIONES realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado del régimen aprobado el 01 de octubre de 1995, así como a recibirlo sin solución de continuidad, se **condene** en costas a las demandadas y se condene en uso de las facultades extra y ultrapetita (fl. 2).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 3), señaló en síntesis, que nació el 28 de octubre de 1960, indicó que se afilió al Sistema General de Pensiones el 08 de octubre de 1984, así mismo, que el 01 de octubre de 1995 se trasladó del RPMPD al RAIS mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A. acotando que esta decisión no estuvo precedida de suficiente ilustración, destacando así que, hubo una indebida y nula información por parte del fondo privado, agregó que previo a su traslado había cotizado un total de 180.57 semanas y con el RAIS desde 01 de octubre de 1985 a 30 de septiembre de 2018 un total de 1219.29 semanas, manifestó que PROTECCIÓN S.A. no informó en el año 2012 sobre la imposibilidad de traslado cuando faltaren 10 años para pensionarse o menos, finalizó indicando que solicitó el 23 de octubre de 2018 a PROTECCIÓN S.A. el traslado de régimen y a COLPENSIONES el traslado de PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 58 a 69), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 6 y 11, y señaló no constarle los demás numerales, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 94 a 102 vto.), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 1, 3, 7, 8 y 10, no ser ciertos los numerales del 4 al 6 y 9, y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de octubre de 2019 (CD – fl. 153 vto.) **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS con fecha de 27 de septiembre de 1995, con efectividad a partir del 1° de octubre del mismo año por intermedio de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y en consecuencia, **declaró** como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES, **condenó** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y traslados contenidos en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, **condenó** a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y actualizar su historia laboral, **declaró** no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y **condenó** en costas a PROTECCIÓN S.A.

Como **fundamentó su decisión**, trajo a colación el *a quo* que el accionante se encontraba afiliado a CAJANAL antes de efectuarse el traslado al RAIS, señaló que COLPENSIONES según el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 sería el administrador general del sistema general de pensiones con relación al RPMPD, indicó que en virtud al decreto 803 de 1994 el extinto ISS hoy COLPENSIONES adquirió la competencia para pensionar a los afiliados de las cajas y fondos de previsión, razón por la cual, surgió el derecho a adquirir un bono pensional como haya fijado el gobierno nacional, encontrándose probada así la ineficacia del traslado, señaló que por esa razón es COLPENSIONES la entidad sobre al cual se encontraría afiliado el actor, así mismo puso de precedente que la jurisprudencia ha señalado que para que la afiliación sea efectiva debe estar precedida por una información clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional con relación, a las características ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales así como los riesgos y consecuencias del traslado, señaló que en el campo de la seguridad social existe un verdadero deber de obtener un consentimiento informado, es decir, un proceso informado en el que antes de aceptar un servicio la comprensión por parte del usuario del régimen, es por ello, que al afiliado se le debe suministrar la

información verificable en la que el afiliado reconozca no solo los beneficios sino las desventajas del régimen, señaló que por parte de la AFP no se demostró que se haya cumplido con el deber de informar en los términos estipulados por la jurisprudencia y el estatuto financiero, si bien se observa el formulario de afiliación y el documento de afiliación al empleador la elección del régimen no es suficiente para demostrar que al afiliado se le suministró la información necesaria, teniendo en cuenta se trata de un formato impreso, indicó que aunque obren como los comunicados de prensa y se haya suministrado una información de carácter general, ello no quiere decir que se supla el deber de información de manera concreta con relación al demandante, así mismo señaló que el mismo no es beneficiario dentro del régimen transición, razón por la cual señaló que la validez se predica con relación al acto jurídico, por lo cual el acto de traslado no produce efecto.

APELACIÓN

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, aduciendo que la parte actora no era beneficiario del régimen de transición, toda vez que no tenía una expectativa legítima sobre el derecho a la pensión, por otra parte no se logró demostrar que existió un vicio del consentimiento y señaló que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria ya que el actor permaneció afiliado al RAIS por más de 24 años y solicitó se tuviera en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de

información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado en los términos precisados por el recurrente COLPENSIONES, exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ni mucho menos que se invierta la carga de la prueba en los casos en los que se alega nulidad y deba probar el extremo pasivo que no existieron los vicios referidos; situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba *“(...) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)”* (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar

la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comento, sin que esto constituya una carga desproporcionada en los términos precisado por la pasiva recurrente, toda vez que al tratarse de una negación indefinida en los términos precisados por el artículo 167 del CGP, se invierte la carga de la prueba debiendo las administradoras que cumplieron con el deber de informar, sin que al demandante tenga que probar nada referente al asunto. De igual forma se precisa, que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor SOREL VELÁSQUEZ QUINTERO el 25 de septiembre de 1995, se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA (fl.103), afiliación que surtió efectos a partir del 1° de octubre de 1995 (fl. 121), encontrándose afiliada en la actualidad en esta última entidad, efectuando cotizaciones en éste régimen desde octubre de 1995 a la fecha (fls. 106 a 114 vto). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 8 de octubre de 1984 hasta el 17 de agosto de 1993, de igual forma se allegó el Certificado de Periodos de Vinculación Laboral para Bonos Pensionales y Pensiones –Formato 1 -que milita a folio 38 del expediente registra cotizaciones a través de su empleador Instituto Nacional de Vías entre el 7 de febrero de 1994 al del 30 de septiembre de 1995 con aportes efectuados a CAJANAL, así como certificado expedido por expedido por COLPENSIONES en el que deja constancia que el aquí actor estuvo afiliado al RPM y que su estado actual es - *trasladado a otro fondo*- desde el 1 de octubre de 1995.

En este punto, es dable precisar que conforme a lo estipulado en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 se estableció que el ISS hoy COLPENSIONES sería el administrador general del régimen pensional de prima media con prestación definida y que las cajas, fondos o entidades de previsión públicas o privadas cumplirían dicha función únicamente respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistieran. La misma regla se reiteró en el Decreto 692 de 1994, que en su artículo 34 señaló que el régimen de solidaridad de prima media con prestación definida sería administrado por el Instituto de Seguros Sociales, así como por las cajas fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994 mientras subsistieran, pero estas últimas solo en relación con las personas que a 31 de marzo de 1994 fueren sus afiliados, no pudiendo, en consecuencia, recibir nuevos cotizantes a partir de dicha fecha.

Por ello, conforme al Decreto 813 de 1994, el extinto ISS hoy COLPENSIONES adquirió la competencia para pensionar a los afiliados de las cajas y fondos de previsión respecto de las cuales se ordenó su liquidación, evento en el cual surge el derecho a obtener un bono pensional en los términos en que se haya fijado por el Gobierno Nacional. La responsabilidad que se le entregó al ISS no quedó atada a periodos previos de cotización o al traslado de aportes, sino que quedó establecida de manera directa como parte de la transformación legal del sistema que buscaba un solo administrador del régimen de prima media y la lenta extinción de otro tipo de fondos públicos que habían venido cumpliendo esa labor, tal como se estableció por parte del Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil el 2 de junio de 2015 radicación 2015-00037.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a Colmena hoy PROTECCIÓN S.A. obrante a folio 103 se denota que el accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal y como lo reprocha la demandada COLPENSIONES en sus

argumentos de disenso, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PROTECCIÓN S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, toda vez que en tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado, sin que se pueda pretender trasladar dicha obligación al accionante bajo las circunstancias alegada por la recurrente (CSJ SL 4426-2019); de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Ahora, si bien la demandante permaneció más de 20 años en el RAIS tal y como lo cuestiona la apelante, de por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor, para

explicarle todo lo relacionado con el régimen, habida cuenta que el deber de información data independientemente del grado de conocimiento que sobre el tema tenga el afiliado o del tiempo de permanencia en el mismo; siendo el deber de la AFP asesorarlo y no de esta, de buscar la información por sus propios medios.

En cuanto a las consecuencias que implica la ineficacia del traslado, en lo atinente a COLPENSIONES, es claro para la Sala que tal circunstancia implica que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de septiembre 2008-Rad. 31989, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 -Rad. 33083 y del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún de la entidad, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a la administradora, de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual y demás rubros que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PROTECCIÓN S.A. deba adicionalmente trasladar a COLPENSIONES lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en esta administradoras, toda vez que ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales y a cargo del ente de seguridad social y en el que conforme a lo expuesto por las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-

2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019, los mencionados, sí y solo sí, deben ser asumidos por las AFP **con cargo a sus propios recursos y utilidades**, toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Por lo anterior y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada, en la forma antes expuesta.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

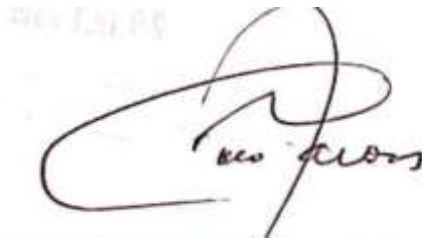
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de octubre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

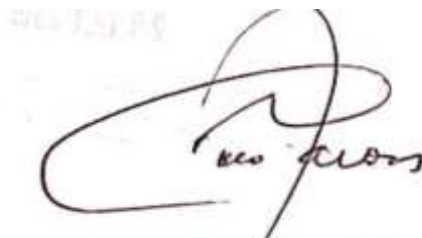


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – MARIA ESPERANZA ORREGO GARCÍA - contra –GÉNESIS ARQUITECTURA Y DISEÑOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARIA ESPERANZA ORREGO CASTILLO**, se **declare** la existencia de un contrato de trabajo el cual terminó por causa imputable al empleador GÉNESIS ARQUITECTURA Y DISEÑO LTDA (Hoy SAS). Como consecuencia, se ordene a pagar salarios insolutos del mes de febrero de 2014 y marzo 2016, así como las primas de servicio, cesantías junto con los intereses, vacaciones, bonificaciones, subsidio de transporte, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl. 3 a 4).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 3 y 28 a 29), señaló en síntesis que, con fecha 1 de septiembre de 2003 suscribieron junto con la demandada un contrato de trabajo, que como salario final pactaron la suma de \$689.455, así como un subsidio de alimentación por \$200.000 y un subsidio de transporte por la suma de \$77.700, que las labores

encomendadas se realizaron de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo el horario de trabajo señalado por este; que la modalidad contractual pactada correspondió a fija que se dio por finalizada el 17 de mayo de 2016 ante el incumplimiento en el pago con relación a la remuneración pactada, por lo que le adeuda los salarios de febrero a abril de 2016, una proporción de prestaciones sociales, así como otros emolumentos.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

GÉNESIS, ARQUITECTURA Y DISEÑO S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN- contestó el introductorio (fls. 50 a 54 vto y 61), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 2.2, 4, no ser cierto el contenido en el numeral 4 y no constarles los restantes. Señaló en síntesis, que de conformidad con la prueba aportada al proceso, se había suscrito un contrato de trabajo y que la demandante ya hacía parte de la calificación, graduación y reconocimiento de acreencias realizada en el proceso de reorganización adelantado por la Superintendencia de Sociedades, oponiéndose a que la relación laboral se haya dado por terminada el 17 de mayo de 2016 e indicando que esta había finiquitado el 06 de abril de 2016. Propuso como excepciones de fondo la denominada -de oficio-.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de julio de 2019 (CD – fl. 76), **declaró** que entre la demandante y GÉNESIS ARQUITECTURA Y DISEÑO SAS EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, existió un contrato de trabajo por el periodo del 1 de septiembre de 2003 a 6 de abril de 2016, **condenó** al pago a la demandada por concepto de (i) \$204.575 cesantías, (ii) \$6.546 intereses a las cesantías, (iii) 204.575 prima de servicios, (iv) 248.640 auxilio de transporte, (v) \$91.627 vacaciones y la suma de (vi) \$12.464.582 por indemnización moratoria del art. 65 CST, **condenó** en costas a la demandada y **absolvió** de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Fundamentó su decisión, indicando que no era materia de controversia la existencia del contrato de trabajo así como el último salario devengado por la actora, con relación a la fecha de finalización del vínculo, si bien a demandante adujo haber trabajado hasta el 17 de mayo de 2017, lo cierto es que no había acreditado el mismo y contrario a ello estaba la certificación laboral también allegada en la que se dejó constancia que su labor había culminado el 6 de abril de 2016, sin que se pudiera tener lo manifestado por la testigo ya que esta refirió que la demandante le había contado que había laborado hasta mayo de 2016, con relación al salario, acotó que la bonificación que realizó la demandada al demandante por \$200.000 no constituía salario y quedó como último salario la suma de \$689.455. Finalmente y con relación a los salarios insolutos, ordenó el pago por los dos meses reclamados, así como al pago de las prestaciones sociales al no haberse tampoco acreditado su pago, vacaciones y auxilio de transporte, así como la indemnización moratoria de que trata el art. 65 CST acotando que la demandada conforme a los procesos de reorganización y liquidación y previa referencia de jurisprudencia frente a la situación actual de la sociedad demandada en su estado de liquidación que entró el 26 de octubre de 2017, por lo que hasta allí condenó a la demandada frente a este último rubro y con relación al despido indirecto, no condenó atendiendo que cuando pasó la terminación de contrato motivada, para esa data este ya había finiquitado la relación laboral dos meses atrás.

APELACIÓN

La parte demandada interpuso recurso de apelación PARCIAL, esto es con relación a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 CST, pues en el presente asunto debía probarse lo correspondiente a la mala fe con relación a los pagos de los emolumentos que se deben a los empleados, por lo que previa reseña de la jurisprudencia de la CSJ en torno al tema, que en el presente asunto había quedado demostrado que el empleador a la fecha de ocurrencia de los hechos, no obró de mala fe al dejarle de pagar salarios sino por la crisis financiera que ya venía atravesando, no solo al momento de la liquidación sino desde el momento en que la empresa entró en proceso de reorganización conforme se extrae del certificado de existencia y representación en la que se

trató de salvar la empresa, por lo que en el presente asunto no se configuró una conducta de mala fe y que ratificaron los testigos en el que se realizaban pagos parciales a efectos de alivianar un poco las consecuencias acaecidas, por lo que solo el atrás de dos meses.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar, si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el art. 65 CST.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que no existe controversia en el recurso de apelación respecto de la relación laboral que se declaró así como de la liquidación del contrato de trabajo efectuada por la Juez de Primera Instancia. Así entonces, se tiene que entre las aquí partes existió un contrato de trabajo entre el 1 de septiembre de 2003 a 6 de abril de 2016, devengando el demandante como salario la suma de \$689.455 pesos.

Indemnización moratoria

Sobre el tema, debe señalarse que esta sanción es inexorable y automática salvo que el demandado demuestre hechos que constituyan buena fe, evento en el cual podrá eximirse de su pago. Para ello, el empleador debe demostrar que su morosidad estuvo justificada en razones atendibles y que lo llevaron al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (CSJ SL694-2019 y CSJ SL4330-2020).

Hecha la anterior precisión, se tiene que el contrato de trabajo culminó el 6 de abril de 2006 (fl. 15) conforme se encuentra consignado en el certificado laboral expedido por la demandada, asimismo, se allegó reclamación realizada por la demandante dirigida a la demandada, en el que le indica que para los meses de febrero y marzo de 2016 no le habían realizado el pago de las quincenas, así como servicio médico y seguridad social (fls. 12

a 14), de igual forma se allegó el auto expedido por la Superintendencia de Sociedades No. 430-016605 de fecha 21 de noviembre de 2017, en el que se consignó que mediante auto del 28 de abril de 2016, se había admitido el proceso de reorganización (fls. 37 a 37 vto) y en el que dispuso el nombramiento del liquidador.

De igual forma, lo manifestado por la testigo **Luz Marina Gómez Camacho** quien indicó que había laborado con la demandada y que fue compañera de trabajo de la demandante, que se conocían desde el 2003, que la actora hacía el aseo inicialmente y que por temas de salud terminó realizando labores como recepcionista, agregó que ella (deponente) se había retirado en enero de 2016 y que la demandante en mayo de 2016, porque había muchas irregularidades con los pagos, no les cancelaban a tiempo los salarios, les cancelaban solo cuando había donde le abonaban a \$200.000 o \$300.000 por lo que se cansaron de esa forma de pago y más cuando las obligaciones no daban espera.

Así las cosas, se debe señalar que dentro del presente asunto no nos encontramos frente a un proceder de buena fe por parte de la demandada, pues en ningún momento demostró hechos razonables que impidieran el pago de las obligaciones, sólo expuso en sus argumentos de disenso, que debido a los problemas de orden económico por la que atravesaba, llevó a que entrara en proceso de reorganización y finalmente a liquidación y que así lo ratificó la testigo allegada al plenario, no obstante de dichas exculpaciones no se logra entrever una verdadera e inexorable intención de cumplir con la obligación que tenía a su cargo, pues si conocía que tenía problemas financieros debió habérselos dado a conocer a su trabajadora con antelación, mostrándole su intención de pago o en su defecto haberle comunicado las gestiones que se adelantarían ante la Superintendencia de Sociedades a efectos de poder “salvar la compañía”, así los trámites hubiesen sido infructuosos, pero ninguno de estos supuestos se presentaron o no se demostraron dentro del plenario, pues el hecho que le pagaran por cuotas o a destiempo en los términos que refirió la testigo Gómez Camacho, la demandante no podía inferir que la empresa en la que trabajaba atravesaba por un mal momento económico.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que nuestro máximo órgano de cierre, ha sostenido, que no existe justificación para que las empresas se sustraigan del pago de los salarios que le corresponden a sus trabajadores, toda vez que la crisis financieras en las que fundan sus incumplimientos, esta situación por sí sola, no justifica el impago de los emolumentos laborales a su cargo, pues para el caso en particular, GENESIS ARQUITECTUA Y DISEÑO no demostró, se insiste, que esa circunstancia le produjera una insolvencia o iliquidez que le impidiera cumplir con lo mencionado, cuando normalmente, este tipo de empresas cuentan con algún tipo de alternativa que le permiten cumplir con esas obligaciones, acotación que se realiza atendiendo lo establecido en el artículo 28 del CST – *el trabajador jamás asume los riesgos o perdidas de la empleador-* y el artículo 2495 del CC - *los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás-*, toda vez que de estos emolumentos dependen su congrua subsistencia así como la de sus familias (CSJ SL 845 de 2021 Rad. 83444) y así lo indicó la deponente Marina Gómez, que debido a los incumplimientos y con tantas obligaciones a su cargo, no podían soportar estos incumplimientos.

Con todo ello, al no existir justificación alguna por parte de la accionada para no haber pagado los salarios así como la liquidación de prestaciones sociales a la culminación del vínculo, pues nótese como adicionalmente el proceso de restructuración fue admitido hasta el 28 de abril de 2016 por lo que desde el día 7 del mismo mes y año ya había entrado en mora para efectuar el pago de las acreencias laborales que por ley le correspondían a la actora y que llevan a CONFIRMAR sin consideraciones adicionales, la decisión impartida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de GÉNESIS ARQUITECTURA Y DISEÑO SAS EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

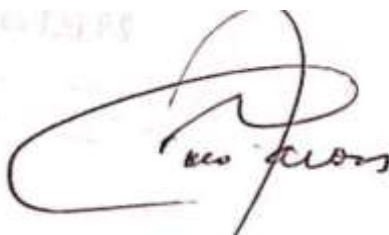
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

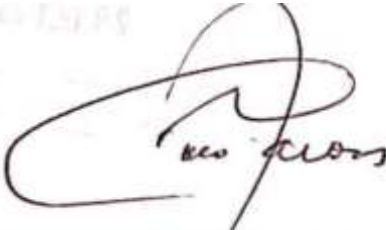


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de GÉNESIS ARQUITECTURA Y DISEÑO SAS EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, la suma de \$900.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE –ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP- ELECTRICARIBE S.A. ESP-CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, JESÚS MARÍA GONZÁLEZ TOLEDO y JAIRO ENRIQUE MENDOZA MERCADO.

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita **ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP- ELECTRICARIBE S.A. ESP**, se **declare** que COLPENSIONES debe cancelar el retroactivo pensional (retroactivo patronal) por haber pagado en exceso las mesadas pensionales entre la fecha de la causación del derecho y la fecha de reconocimiento y pago de la pensión de los señores GONZALEZ TOLEDO JESUS MARÍA y MENDOZA MERCAD JAIRO ENRIQUE por el extinto ISS hoy COLPENSIONES. Como consecuencia, se **condene** de manera principal al pago de mayor valor por concepto de retroactivo pensional, junto con los intereses moratorios máximos legales desde la fecha en que el ISS dejó en suspenso el valor reconocido por este concepto, o de manera **subsidiaria**, se **condene** al pago de la indexación o corrección monetaria sobre el valor del retroactivo pensional, se **condene** conforme a las facultades ultra y extra petita, junto con el pago de las costas procesales (fl. 5 a 6).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fl. 7 a 8 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que los trabajadores oficiales GONZALEZ TOLEDO JESUS MARÍA y MENDOZA MERCADO JAIRO ENRIQUE, prestaron sus servicios

personales a favor de la demandante, concediendo esta última una pensión de jubilación carácter compartida a partir del 28 de noviembre de 1996, indicando en los actos administrativos de reconocimiento que a partir del momento en que reconociera la pensión de vejez el extinto ISS, la empresa asumiría únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión que venía reconociendo y la reconocida por el RPMPD, que mediante escritura pública No. 3.049 del 31 de diciembre de 2007 la ELECTROFICADORA DE LA COSTA ATLANTICA S.A. ESP, se fusionó por absorción en ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP y con el ánimo de no afectar a los ex trabajadores pensionados, continuó pagando las mesadas pensionales sin estar obligada a ello, esto es, cuando los trabajadores cumplieron los requisitos para causar el derecho a cargo del ISS y la fecha en que se incluyeran en nómina, agregó que el ISS reconoció la pensión de vejez de carácter compartida para GONZALEZ TOLEDO JESUS MARÍA mediante resolución No. 0515 del 01 de febrero de 2011 junto con un retroactivo de \$34.293.262 y a MENDOZA MERCADO JAIRO ENRIQUE mediante resolución No. 011650 del 01 de octubre de 2011 con un retroactivo de \$31.665.778, por lo que COLPENSIONES se encuentra en mora en devolver los valores por concepto de retroactivo pensional y adicionalmente se ha negado a cancelar y girar estas sumas a favor de la empresa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 9, 10.1, 10.2, no ser ciertos los numerales 9.1, 9.2, 11 y no constarles los restantes, indicando en síntesis que lo reclamado por el actor se encontraba prescrito. Propuso como excepciones las denominadas prescripciones, buena fe, reclamación administrativa, inexistencia de la obligación, compensación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, faltas de causa y título para pedir. (fls. 60 a 69).

Posteriormente, mediante proveído de fecha **3 de marzo de 2015** (fls. 129), se integraron como **Litis Consortes Necesarios** a los pensionados JESÚS MARÍA GONZÁLEZ TOLEDO y JAIRO ENRIQUE MENDOZA MERCADO, quienes a través de **curador litem** dieron respuesta al libelo introductor, quien manifestó que se atenía a lo que se probara en la Litis y en cuanto a las situaciones de orden fáctico indicó ser aparentemente ciertos los numerales 1 a 3, 5, 8 a 12 y no constarle los restantes. NO propuso excepciones (fls. 189 a 190).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de noviembre de 2019, **declaró** que la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional o patronal causados por las pensiones reconocidas por el ISS hoy COLPENSIONES a los señores JESÚS MARÍA GONZÁLEZ TOLEDO y JAIRO ENRIQUE MENDOZA MERCADO, condenó a COLPENSIONES a pagar a la demandante \$34.293.622 y \$31665.778, por concepto de retroactivos patronales y que deben ser indexadas al momento de su pago y **absolvió** a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y **condenó** en costas a la demandada y condenó a la demandante al pago de los gastos de curaduría ad litem (CD fl.258).

Como argumento de su decisión, el *a quo* precisó que la empresa demandante había reconocido las pensiones de jubilación de los demandados previo lectura de los actos administrativos de reconocimiento, así mismo trajo a colación lo relativo a la compartibilidad pensional causada a partir del 17 de octubre de 1985 y frente al caso en particular indicó que en efecto la demandante compartiría la pensión de vejez con el ISS una vez cumpliera los 60 años de edad, correspondiéndole única y exclusivamente al demandante a pagar el mayor valor, trajo a colación las resoluciones de reconocimiento pensional del extinto ISS, dejando en suspenso lo correspondiente al pago del retroactivo pensional, hasta tanto no se determinara a quien le correspondía el pago del mismo, determinando entonces que los retroactivos pensionales le correspondían a la aquí demandante, puesto que asumió el pago de mesadas por un valor superior de los que tenían derecho los demandados pensionados, trajo a colación jurisprudencial indicó que el ISS compartía las pensiones cuando fueron reconocidas de manera extralegal y con posterioridad al 17 de octubre de 1985, siempre que el haya cotizado al ISS a no ser que se pacte algo en contrario, encontrándose en el presente asunto debidamente demostrado que el demandante realizó las cotizaciones a pensión a la administradora pensional ordenando se entregaran los dineros consignados en cada uno de los actos administrativos de reconocimiento pensional a la demandante.

Por otro lado y con relación a los intereses moratorios, absolvió de este rubro toda vez que en el presente asunto COLPENSIONES no se había negado a su pago sino que ante la duda los dejó en suspenso a efectos de que se definiera la jurisdicción ordinaria lo correspondiente y condenó en costas a COLPENSIONES.

APELACIÓN

LA PARTE demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que la demandante no tenía derecho acceder a las pretensiones contenidas en el libelo demandatorio.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión determinar si efectivamente el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional o patronal, al haber asumido el pago de mesadas pensionales adicionales de manera temporal, en espera del reconocimiento por parte del extinto ISS de la pensión de vejez de los señores JAIRO ENRIQUE MENDOZA MERCADO y JESUS MARIA GONZÁLEZ TOLEDO, bajo la figura de la compartibilidad.

Status de pensionados de los demandados

No es tema de controversia en el presente asunto, las siguientes situaciones de orden fáctico:

1. Con relación a JAIRO ENRIQUE MENDOZA MERCADO

- (i) que la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. ESP le otorgó pensión de jubilación desde el 28 de noviembre de 1998 a través de comunicado DRH 658-98 del 28 de octubre de 1998, al haber completado los requisitos de tiempo y edad establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo en los artículos 105 y 106 (fl. 211), (ii) que mediante comunicado de fecha 16 de septiembre de 2010 le comunicó ELECTRICARIBE S.A. ESP a este demandado que las pensiones reconocidas por los empleadores se subrogaban con el ISS, quedando únicamente obligada asumir el pago del mayor valor de la pensión que devengara y reconociera la administradora pensional, por lo que el 1 de septiembre de 2010 al haber reunido los requisitos exigidos por el ISS para obtener la pensión de vejez, por lo que debía adelantar los trámites correspondientes (fl. 215), (iii) que mediante Resolución No. 011650 del 23 de septiembre de 2011 el ISS le reconoció pensión de vejez con efectos a partir del 01 de septiembre de 2010 (CD-fl. 112)

2. Con relación a JESUS MARIA GONZÁLEZ TOLEDO

- (ii) Que la ELECTRIFICADORA DEL ATLANTICO S.A. ESP le otorgó pensión de jubilación a partir del 28 de noviembre de 1996 (fl. 266), (ii) que mediante comunicado de fecha 08 de octubre de 2009 ELECTRICARIBE S.A. ESP le comunica a este demandado que las pensiones reconocidas por los empleadores se subrogaban con el ISS, quedando únicamente obligada asumir el pago del mayor valor de la pensión que devengara y reconociera la administradora pensional, por lo que al haber reunido los requisitos el 06 de octubre de 2009, debía iniciar los trámites correspondientes ante el ISS (fl. 240), (iii) que mediante Resolución No. 00515 del 24 de enero de 2011 el ISS le reconoció pensión de vejez con efectos a partir del 06 de octubre de 2009 (CD-fl. 112)

Retroactivo pensional o patronal

Solicita la parte actora le sea reconocido el retroactivo pensional, al haber cancelado mesadas pensionales a la que realmente le correspondía entre la fecha de causación de los derechos pensionales y la fecha efectiva de reconocimiento de los demandados JESUS GONZÁLEZ y JAIRO MENDOZA por el extinto ISS hoy COLPENSIONES.

En ese orden de ideas y al estar acreditado en el presente asunto que los demandados GONZÁLEZ TOLEDO y MENDOZA MERCADO les fue reconocida a cargo de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. una pensión de jubilación y una pensión de vejez por parte del extinto ISS hoy COLPENSIONES, debe precisarse, que la figura de la compartibilidad pensional permite a los empleadores a pagar pensiones de jubilación y posteriormente liberarse de esa obligación, o en su defecto, disminuir la cuantía a su cargo, cuando el ISS o ahora COLPENSIONES, previo al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, proceda a cubrir el riesgo de vejez, invalidez o muerte, al haber afiliado la empresa previamente a sus trabajadores o servidores, al sistema asegurador de esas prestaciones y efectuaron las cotizaciones correspondientes; por lo que a partir de la fecha de subrogación de esa obligación, solo debe cubrir el patrono la diferencia que se presente en los dos emolumentos, cuando la de jubilación reconocida por el empleador es de superior valor a la de vejez, sufragada por la administradora pensional (CSJ SL 4602-2020 Rad. 72556).

Ahora bien, con relación a la solicitud de reembolso por concepto de retroactivo pensional realizado por ELECTRICARIBE a COLPENSIONES al haber efectuado el

pago de un mayor número de mesadas pensionales a los dos demandados JESÚS GONZÁLEZ y JAIRO MENDOZA, mientras el ISS efectuaba el reconocimiento, se trae a colación la sentencia CSJ SL4962-2016, con relación a la licitud del pago de las mencionadas con carácter retroactivo al empleador en la que se precisó lo siguiente:

*“(...) La censura considera que el retroactivo pensional lo pagó la demandada, al empleador jubilante, el cual es un tercero, sin que exista disposición alguna que lo faculte para tal fin y que, además, la compartibilidad pensional no autoriza al ISS a disponer libremente de los dineros del trabajador; frente a lo cual se aclara que **no se puede confundir el retroactivo pensional, con la pensión misma**, puesto que una vez definida la compartibilidad pensional, el valor de las **mesadas pensionales cubiertas temporalmente por la empleadora**, mientras el ISS asumió la pensión de vejez, **no le corresponden al demandante**, así lo definió la Sala en la sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27311 y reiterada en la del 21 de noviembre de 2007, radicación 31891. En la primera de las sentencias aludidas se expresó:*

De ahí que, la postura del Tribunal resulta sensata y no descabellada, toda vez que en puridad de verdad las sumas que el empleador cancela con posterioridad al momento en que comienza a operar el fenómeno de la compartibilidad, entre la pensión de jubilación que éste venía sufragando y la de vejez que reconozca el Instituto de Seguros Sociales, son las que en rigor debe cubrir la entidad de seguridad que asume el riesgo, debiendo volver lo pagado al patrimonio de la empresa una vez se formalice la subrogación.

Lo que significa, que conforme a la ley y a partir de la asunción del riesgo de vejez para el ISS, desaparece la obligación de la empresa jubilante de continuar cubriendo las mesadas pensionales a su extrabajador, quedando a su cuenta únicamente el mayor valor si lo hubiere entre las dos pensiones; luego, si lo hizo fue para proteger al pensionado

*Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo **cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas no pertenecen propiamente al afiliado**, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello, lo que de plano desvirtúa la cesión de derechos y por ende la aplicación del precepto legal que la prohíbe [...]*

Lo anterior para ratificar que al demandante no le correspondía el retroactivo pensional, dado que la pensión de jubilación que disfrutaba era compartible con la de vejez no que se estuviera en presencia de una cesión de prestaciones económicas a un tercero de aquellas que prohíben los reglamentos del ISS. (...)” (negrilla fuera de texto)

En ese orden de ideas y conforme al acervo probatorio obrante en el expediente (CD-folio 112), entre otros, la Resolución No. 011650 del 23 de septiembre de 2011 en el que el ISS le reconoció pensión de vejez con efectos a partir del 01 de septiembre de 2010 a JAIRO ENRIQUE MENDOZA MERCADO, dejando en suspenso en el parágrafo 2° el pago por **\$31.665.778** hasta que la justicia ordinaria determinara a quien le

correspondía dicho rubro y si bien del acto administrativo No. 0515 del 24 de enero de 2011 de reconocimiento de pensión de vejez por parte del ISS al demandado JESUS MARÍA GONZÁLEZ TOLEDO se allegó de manera incompleta y no se logra extraer que se haya consignado en los mismos términos lo correspondiente a la suspensión del pago por este concepto, lo cierto es que mediante reclamación administrativa radicada por ELECTRICARIBE ante COLPENSIONES (fls. 53 a 60) solicitó el pago de retroactivo pensional o patronal de los aquí demandados, particularmente el de este último, quien se había dejado dejó suspenso trayendo a colación la resolución 515 de 2011 por la suma de **\$34.293.622**, por lo que claramente y compartiendo los argumentos expuestos por el Juez de instancia, se confirmará la sentencia en el sentido de que COLPENSIONES debe pagar a ELECTRICARIBE S.A. ESP las sumas por concepto de retroactivo pensional de los señores JAIRO ENRIQUE MENDOZA MERCADO por **\$31.665.778 y** JESUS MARÍA GONZÁLEZ TOLEDO por **\$34.293.622**, debidamente indexados ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, conforme a la figura de la compartibilidad expuesta en precedencia.

Prescripción

Sobre tal aspecto, cabe recordar que la exigibilidad del retroactivo nace desde el momento en que se reconoce la pensión, no obstante en el presente asunto es importante precisar que el reconocimiento del pago por concepto de retroactivo pensional quedó en suspenso, hasta que la justicia ordinaria dirimirá lo correspondiente a quien le correspondía los rubros arrojados en los actos administrativos de reconocimiento por parte del extinto ISS. Así las cosas, el 25 de abril de 2013 ELECTRICARIBE S.A. ESP solicitó ante COLPENSIONES los pagos por dichos conceptos de los aquí demandados pensionados (fls. 53 a 60) y como quiera que la demanda se interpuso el 12 de junio de 2013 (fl.75), es evidente que no operó la prescripción contemplada en el artículo 151 del CPTSS frente al reconocimiento y pago del retroactivo solicitado.

Así las cosas, se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida proferida el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, el 07 de noviembre de 2019.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES de conformidad con lo normado en el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

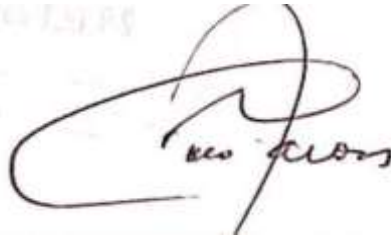
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

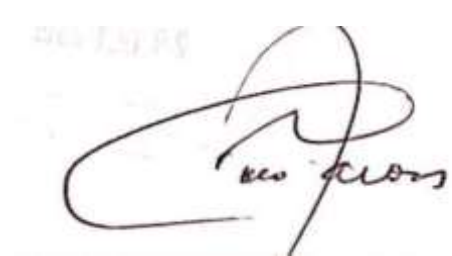


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, en la suma de \$900.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia

Libertad y Orden

Rama Judicial**Tribunal Superior del Distrito Judicial****Bogotá D. C.****SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE -RODRIGO SALAMANCA GONZÁLEZ-
CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

Solicita el señor **RODRIGO SALAMANCA GONZÁLEZ**, se **declare** que tiene derecho a la pensión de vejez a partir del 29 de enero de 2012 fecha en que cumplió los 60 años de edad y contaba con 1224 semanas de manera exclusiva con el ISS. Como consecuencia, se **condene** con fundamento en los artículos 11, 21, y 36 de la Ley 100 de 1993 a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir de dicha data, que deben indexarse junto con el retroactivo, así como pago de los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, se **condene** al pago de costas procesales y se condene bajo las facultades ultra y extra petita. (fls. 2 vto).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 2 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que nació el 28 de enero de 1952 y que cumplió los 60 años en el mismo mes y día del año 2012, que al 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad y que para el 29 de julio de 2005 contaba con más de 750 semanas y que nunca fue trasladado a una AFP, que cotizó más de 20 años de servicio como servidor público en -Fonprecon- entre el 25 de octubre de 1994 al 31 de octubre de 2014, por lo que se le reconoció una pensión de jubilación mediante resolución No.

350 del 16 de junio de 2015 a través de esa entidad, que laboró y cotizó al ISS 1.224 semanas entre el 7 de enero de 1969 al 15 de octubre de 1994 y que para el 15 de mayo de 2017 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo las prerrogativas del decreto 758 de 1990 y que la prestación fue negada bajo el argumento que –no era procedente–.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 7 y no ser cierto los restantes, indicó en síntesis, que los motivos de la negativa del reconocimiento pensional, obedecieron a que el actor se había trasladado al Fondo de Previsión Social del Congreso de la Republica de la que actualmente ya que ya tienen una pensión de vejez reconocida por parte de esa entidad.

Propuso como excepciones de fondo inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de intereses moratorios e indexación, buena fe-principio de legalidad-, prescripción e innominada o genérica. (fls.24 a 37).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 21 de octubre de 2019 (CD-folio 72), **absolvió** a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra, especialmente la de reconocimiento de una pensión de vejez con régimen de transición frente al Acuerdo 049 de 1990, bajo la figura de compatibilidad pensional, **declaró probada** las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y **condenó** en costas al demandante.

Como argumento de su decisión, previa reseña normativa con relación a la compatibilidad pensional, conforme a la pensión que devenga en Fonprecon, indicando que la línea jurisprudencial hasta antes del año 2018 si era posible la compatibilidad pensional, postura que fue modificada después de dicha data, pero en los que debía establecerse que los tiempos fueran de diferente naturaleza, fuente de financiación distinta y que se haya causado antes de la Ley 100 de 1993, por lo que conforme al acervo probatorio obrante en el expediente, era evidente que el cumplimiento de la totalidad de los requisitos se dio con posterioridad a la entrada en vigencia de la normatividad en cita, por lo que no accedió a las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, indicó que cumplió con las 750 semanas a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 por lo que se extendió el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, asimismo que la reliquidación pensional no sería favorable, por lo que lo único y el tiempo laborado en el sector privado no haría base para el IBL, quedando la misma mesada a la que actualmente devenga con la Ley 33 de 1985 con la sumatoria de esos tiempos, perjudicando el derecho a obtener una mayor mesada pensional, por lo que en principio de favorabilidad debe reconocérsele la segunda pensión con COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Decisión establecer si es compatible la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez con la pensión de jubilación que percibe la actora por parte de FONPRECON. En caso afirmativo, si hay lugar a reconocer las demás pretensiones solicitadas en la demanda y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Compatibilidad entra la pensión de vejez con la pensión de jubilación que percibe el actor

No se discuten los siguientes supuestos fácticos: **1.)** Que al demandante se le reconoció pensión de jubilación por parte del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA “FONPRECON” a través de la resolución 350 del 16 de junio de 2015, con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo contemplado en la Ley 33 de 1985, a partir del 24 de octubre de 2014, supeditado al retiro definitivo del servicio, con una cuantía inicial de \$2.076.748, teniendo en cuenta el tiempo de servicio efectuado con la Cámara de Representantes (fls. 18 a 25), **2.)** que cotizó ante el ISS hoy COLPENSIONES un total de 1.224 semanas (fls. 13 a 17 y 38), realizando aportes desde el 7 de enero de 1969 al 15 de octubre de 1994, con empleadores privados. **3.)** que nació el 28 de enero de 1952, por lo que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición, que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2012 y mediante acto administrativo SUB 165555 del 22 de

junio de 2018 COLPENSIONES negó el reconocimiento pensional trayendo a colación la sentencia C 674 de 28 de enero de 2011 y el artículo 128 de la Constitución Política.

Para decidir el asunto en controversia, se tiene que el Juez de primera instancia trajo a colación la línea jurisprudencial que ha girado en torno al tema, indicando que antes del 2018 era posible que se estudiara la compatibilidad pensional y que a partir de dicha data, se estableció que era posible, siempre y cuando se hubieran cumplido con los requisitos de edad y tiempo antes de la entrega en vigencia de la Ley 100 de 1993, resaltando particularmente la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia SL 536 de 2018 y que al haber reunido los requisitos el actor con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha normatividad, así como el otorgamiento de la pensión de vejez por parte de Fonprecon, resultaba incompatible e inviable la pensión de vejez que actualmente disfruta el demandante, siendo únicamente procedente que Fonprecon le solicite a COLPENSIONES remitir los aportes para financiar la prestación que se le viene reconociendo. Contrario a lo decidido, el promotor del proceso señala que la indemnización que se reclama proviene de prestar servicios a patrones privados y los fondos; y recursos con los cuales se pagan esas pensiones son igualmente opuestos.

Al respecto, se trae a colación la sentencia **SL 5228 de 2018 Rad. 42996**, en la que se estudió una solicitud de similares características como las que ocupa hoy la atención de la Sala, en la que el actor venía percibiendo una pensión de jubilación por parte del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República-Fonprecon y en la que se señaló:

*“(...) De igual forma, en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, tal como la prevista en la Ley 33 de 1985, la Sala ha predicado que podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, **siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993** o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.*

*Bajo este entendido se ha afirmado que únicamente cuando cualquiera de las dos prestaciones respecto de las cuales **se pretende la compatibilidad se hubiese causado antes de la Ley 100 de 1993** es que se puede predicar la simultaneidad en su percepción, siempre y cuando provengan de **tiempos diferentes como los públicos y los privados, pues de lo contrario resultará inviable la compatibilidad y se impondrá la incompatibilidad.***

En la sentencia SL536-2018, reiterada en la providencia SL 712- 2018, esta Sala asentó:

Ambas acusaciones plantean el mismo problema jurídico, relacionado con la viabilidad de reconocer la compatibilidad entre la pensión de jubilación por servicios públicos prestados como Médico, y la de vejez por las cotizaciones sufragadas cuando laboró en el sector privado; de manera que como son complementarias, aun cuando se plantearon por vía distinta, para esta Corte es viable estudiarlas conjuntamente.

Para el Tribunal, la pretensión en el reconocimiento de una pensión de vejez, con tiempos prestados a empleadores privados reñía con el hecho de que el accionante ya contaba con una pensión de jubilación de Ley 33 de 1985 reconocida por el ISS; que como ambas tenían idéntica naturaleza y además preservaban el mismo riesgo, no era viable cargar al sistema con esa condena.

Para esta Sala de la Corte, las conclusiones jurídicas a las que arribó el juzgador de segundo grado no son equivocadas, pues finalmente lo que hizo fue evidenciar que bajo la Ley 100 de 1993, no era posible la asignación de dos pensiones de vejez, independientemente del origen de los servicios prestados.

En efecto, la regla general del actual sistema es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, por razón de la solidaridad, y porque además, se prevé la acumulación de las cotizaciones indistintamente de su procedencia, las cuales van a servir para aumentar el valor de la base de liquidación, y aunque ello no siempre ha acontecido de la misma manera, pues décadas antes primaba una estructura de acumulación de tiempo, que se cargaba a cajas de previsión, o a las propias entidades territoriales y no siempre se requería de aportes. En ellos era preeminente la idea de empleo como único vehículo de acceso a la protección social; el tratamiento diferenciado se justificaba en la propia evolución de la legislación social, pues recuérdese que antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, existían una multiplicidad de regímenes dispersos, que había iniciado más de un siglo atrás, con las primeras reglas sobre los montepíos familiares, en los que únicamente se aseguraba el riesgo de la muerte, para luego ampliarse también al de invalidez y vejez en los eventos de los servicios civiles y de quienes fuesen educadores.

Desde 1843 y hasta 1993 la creación de distintos entes, en los que, de forma segmentada se cubrían tales contingencias, evidencian las dificultades que suponía en su momento la unificación a disposiciones comunes de seguridad social y la determinación sobre la viabilidad de que prestaciones que se causaran pudiesen compatibilizarse con las del nuevo modelo de aseguramiento, este sí con pretensión de universalidad e integralidad, aunque la Ley 90 de 1946 fue su primer impulso.

*La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, **esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.***

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.

(...)

En la CSJ SL 4, jul, 2012, rad.40413, la pensión de Ley 33 de 1985 se había causado antes del 1 de abril de 1994, y en pronunciamiento más reciente, SL2576-2015, la Sala estableció dicha compatibilidad, y aun cuando en este evento el ISS fue condenado a pagar dos pensiones, esto se derivó en que la de servicios privados se otorgó en 1991, y la de Ley 33 de 1985 se causó en el año 2002, así se dijo:

(...) la pensión de vejez que le fue otorgada al actor resultaba compatible con la de

jubilación que se pretende a través del presente proceso [también a cargo del ISS]. Para tales efectos, como se dijo en sede de casación, quedó demostrado que los tiempos y cotizaciones que sirven a una y otra prestación son diferentes, así como las normas en las cuales se fundamentan. Asimismo, que no se vulnera la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, en tanto los recursos que concurren a la financiación de la pensión de vejez no provienen del Tesoro Público.

Por iguales razones, no resulta inválida la afiliación del actor al Sistema General de Pensiones, como se arguye en el recurso de alzada, puesto que, por el contrario, el Municipio de Medellín estaba en la obligación de realizarla, por virtud de lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto Reglamentario 691 de 1994.

(...).

Y además se corrobora que Víctor Manuel Pérez Cuesta estaba inscrito, como trabajador particular, en el régimen de pensiones del Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de diciembre de 1973, con el Instituto y Laboratorio Clínico Ltda., luego Colsalud S.A. entre el 1 de noviembre de 1977 y el 28 de enero de 1978, y después en la Congregación Dominicanas de Santa Catalina y en Clínica Nueva, del 1 de junio de 1978 al ciclo de octubre de 2010, es evidente que no era posible disponer de un doble pago pensional por vejez, a cargo del ISS, como se aspiró en la demanda, y que el pensionado, lo que puede solicitar ante la entidad, es la reliquidación pensional que estime más favorable, bien la de Ley 33 de 1985, con unos requisitos distintos, que los previstos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año.

Este criterio jurisprudencial resulta plenamente aplicable a las pensiones de jubilación derivadas del régimen previsto en los artículos 2 y 3 del Decreto 1293 de 1994 y 7 del Decreto 1359 de 1993, dispuesto para los servidores de la Rama Legislativa, por cuanto el régimen de transición, contemplado en las primeras disposiciones en mención, permite acceder a la pensión a este tipo de servidores por haber laborado durante más de veinte (20) años, continuos o discontinuos, en entidades públicas, incluido el Congreso de la República o teniendo en cuenta tiempos cotizados al ISS, conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

*De esta manera, **fluye la incompatibilidad entre la pensión reconocida por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y la pensión de vejez del ISS, pretendida por el demandante, por cuanto ninguna de las dos prestaciones se causaron antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, al haber cumplido el citado la edad y el tiempo de servicios previstos en el Decreto 1359 de 1993 el 7 de agosto de 2002 y las exigencias de la pensión de vejez con posterioridad a esta fecha, por lo que el ad quem no incurrió en los errores jurídicos endilgados (...).***

De manera que, en el presente asunto, los aportes efectuados por el actor al ISS entre **el 7 de enero de 1969 al 15 de octubre de 1994, son netamente privados** y no provienen de aportes efectuados en calidad de servidor público, pues en la misma, hace referencia a los aportes efectuados por los **servidores públicos pertenecientes al régimen de prima media con prestación definida**, administrado por el ISS y las Cajas o Fondos del sector público **existentes antes de expedirse la ley 100/93**, al considerar que los mismos resultan ser recursos de carácter público que ingresan a un fondo común de naturaleza pública, no obstante los aportes efectuados por el demandante al ISS, son exclusivamente cotizados por empleadores de carácter privado, por consiguiente, se tiene que el *a quo* erró al ordenar la remisión de esos aportes a la entidad que actualmente le paga la pensión al actor para una posible reliquidación.

En tal sentido, resulta dable que la prestación que percibe el actor sea compatible con la de servicios privados cotizados al ISS hoy COLPENSIONES, y en tal medida realizar el estudio del reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada, toda vez que la prestación que le fue reconocida **se dio a través del FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA –FONPRECON-** con fundamento en la Ley 33 de 1985 con aportes efectuados entre el **25 de octubre de 1994 al 31 de octubre de 2014, con el empleador Cámara de Representantes**, diferenciándose así los recursos de los cuales proviene y, si bien el reconocimiento de esta prestación económica se dio con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que el actor contaba con una situación jurídica concreta con relación a las cotizaciones que realizó con empleadores privados en el ISS, tal y como se pasa a exponer a continuación:

Con relación al **régimen de transición**, se tiene que a folio 10 y 37A obra copia de la cedula de ciudadanía del actor en donde se puede evidenciar que nació el 28 de enero de 1952, acreditando al 1º de abril de 1994, más de 40 años de edad cumplidos, lo cual da lugar a ser beneficiario del régimen de transición.

Ahora, en lo que se refiere a la vigencia del citado régimen, el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que éste no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para las personas que estando en el mismo tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo a la entrada en rigor de dicho acto, a quienes se les mantendrá el referido régimen hasta el año 2014.

En ese orden de ideas, tal y como quedo precisado con antelación el actor registra un total de 1.224 semanas cotizadas ante la entidad demandada –COLPENSIONES – al 15 de octubre de 1994, lo que hace que su beneficio se extienda hasta el 31 de diciembre de 2014.

Pensión de vejez

Teniendo en cuenta que el demandante es beneficiario del régimen de transición en los términos anotados, se tiene que la norma aplicable es con la que venía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no es otra que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el cual exige para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad en el caso de los hombres y 1,000 semanas cotizadas en cualquier tiempo o 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Al verificarse si cumple con tales requisitos, se observa que el 28 de enero de 2012 cumplió 60 años de edad y un total de **1,224 semanas**, luego al acreditar la edad con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en principio como lo indicó el *a quo* no sería dable acceder a la pensión en los términos de la norma en cita, pues tal y como lo tiene considerado el máximo órgano de cierre a partir del año 2018, la regla general en el actual sistema era la incompatibilidad entre pensiones que amparan la misma contingencia, en razón a la solidaridad y al permitirse la acumulación de cotizaciones indistintamente de su procedencia, los cuales podían servir para aumentar el valor de la base de liquidación y, aunque antes primaba una estructura de acumulación de tiempos que se cargaba a cajas de previsión, entre entidades territoriales entre otros, lo cierto es que, únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable (CSJ SL 536 de 2018).

En ese orden de ideas, es claro para la Sala que la pensión de jubilación reconocida por FONPRECON el actor se causó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (efectos 24 de octubre de 2014). No obstante, ha de tenerse en cuenta que previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (30 de marzo de 1994), el accionante acreditaba **1,196 semanas con el extinto ISS hoy COLPENSIONES**, contadas desde el 07 de enero de 1969, cumpliendo en ese momento a satisfacción con las 1,000 semanas que indica el Acuerdo 049 de 1990 y quedando supeditado al cumplimiento de la edad. Por lo tanto, se insiste que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, por cumplir con los dos requisitos establecidos en la norma.

Frente al tema es importante señalar, que el señor RODRIGO SALAMANCA GONZÁLEZ al momento de cumplir el requisito de densidad de semanas, el cual se realizó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con una **expectativa legítima**, por lo tanto, en el presente asunto para la Sala resulta viable acceder al reconocimiento pensional al aplicarse el principio de la condición más beneficiosa al afiliado, tal y como lo trae a colación en los fundamentos de derecho contenidos en el libelo introductor (fls. 3 a 7 vto), así como en los motivos de disenso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral en sentencia con radicado 40662 del 15 de febrero de 2011, con relación al principio de la condición más beneficiosa precisó:

*“3º) La condición más beneficiosa, tiene adoctrinado la Sala, entra en juego, no para proteger a quienes tienen una mera o simple expectativa, pues para ellos la nueva ley puede modificarles el régimen pensional, sino a un grupo de personas, que si bien no tienen un derecho adquirido, se ubican en una posición intermedia habida cuenta que **poseen una situación jurídica y fáctica concreta, verbigracia, haber cumplido en su integridad la densidad de semanas necesarias** que consagraba la ley derogada. A ellos, entonces, se les debe aplicar la disposición anterior, es decir, la vigente para el momento en que las satisfizo”.*

Más adelante, dicha Corporación en el proveído en comento, indicó:

“Por último, la condición más beneficiosa, se distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora”.

Conforme a ello, como el demandante contaba con el número de semanas dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión antes del 1 de abril de 1994 (fecha en la que entró a regir la Ley 100 de 1993) **contando para el momento con una situación jurídica definida y concreta** es claro, que tal y como lo consideró el *a quo* antes del año 2018 la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, no tenía ninguna situación en particular para conceder este tipo de prestaciones, reconociendo que las pensiones de jubilación y de vejez eran compatibles, con una única condición, de no haberse tenido en cuenta los mismos tiempos que tuvo la tuvo la primera entidad o la misma entidad pensional al momento del reconocimiento de la prestación pensional:

“(…) Finalmente, en torno a las reflexiones que contiene el cargo, a pesar de que esta Sala de la Corte ha indicado «...que, en principio, dentro de la estructura y principios del Sistema Integral de Seguridad Social no resulta posible que una persona perciba más de una pensión, por cuanto existe una tendencia a lograr unidad y universalidad en el aseguramiento de los riesgos, lo cierto es que tal regla ha sido aplicada en situaciones en las que la incompatibilidad está prevista expresamente en la Ley o en aquellas en las cuales resulta razonable definirlo, porque, por ejemplo, las dos prestaciones se fundamentan en un mismo tiempo de servicio...» No así, respecto de prestaciones que tienen reglamentaciones, causas y fuentes de financiación diferentes. (CSJ SL 452-2013 y CSJ SL 9280 - 2014).

Ahora bien, sobre **los derechos eventuales** ha dicho la Corte suprema de justicia:

“En segundo término, tampoco se revalorizan los derechos eventuales. Estos, conforme a la teoría de las obligaciones, son los que emanan de un acto, hecho o negocio jurídico en formación (in nuce), o incompleto o imperfecto, como los que han

reunido uno o varios de los elementos necesarios para su existencia, pero les falta otro u otros de ocurrencia futura. ...

“a) Porque el derecho a reclamar la pensión solo surge respecto de su acreedor a partir de la ocurrencia de dos elementos esenciales para su existencia: 1) El cumplimiento de una cantidad pre - establecida de cotizaciones o de un determinado número de años de labores, según se estuviera o no, cubierto por el régimen de seguridad social; y 2) el advenimiento de la edad señalada en la ley para obtenerla. **Quien, como en el caso del actor, ha satisfecho uno solo de los dos factores esenciales para alcanzar la pensión (el tiempo de servicio fijado en la ley o pactado en la convención) tiene, a no dudarlo, un derecho eventual,** apenas en ciernes, en tanto falta el otro de los componentes imprescindibles para que se pueda consolidar, con un titular del derecho, de una parte, y un obligado a su satisfacción, por la otra.

“Sostienen algunos que en caso antes referido hay más bien un derecho sometido a una condición suspensiva; pero, en rigor jurídico, se trata de un derecho in nuce, por cuanto en la relación jurídica condicionada el derecho se encuentra perfeccionado, solo que sus efectos se hallan en estado de latencia por estar pendientes de un hecho futuro e incierto, ajeno a su esencia y no requerido para su constitución. El derecho eventual y su obligación correlativa, en cambio, nacen a la vida jurídica en el momento en que se completan los requisitos exigidos en la ley, o en el contrato; tal es el caso de los derechos del nasciturus, o el del asignatario (Código Civil, art. 1215), o el de los esposos (art. 1771 y ss., ib.) los del constituyente de una hipoteca (art. 2441, ib), y, en materia laboral, entre otros, los del trabajador con derecho a la pensión de invalidez (art. 39 Ley 100/93), de vejez (art. 33 ibídem), de jubilación (art. 260 C. S. T.), por aportes (art. 7° Ley 71 de 1988), de sobrevivientes, por no citar más.

“Muchos doctrinantes van más allá, pues consideran que en el caso de que solo se hayan satisfecho uno de los componentes vitales para la existencia del derecho a obtener la pensión, lo que hay es una mera expectativa. Esto implica, por supuesto, la posibilidad de negociación y renuncia de parte del trabajador de su esperanza de adquirir un derecho fundado en una norma vigente, e incluso de modificación o extinción mediante ley de lo que hasta entonces no era un derecho por falta de los presupuestos materiales o de hecho.

“En cambio, en tanto derecho eventual, el empleador o la entidad de previsión, deudor futuro de la pensión que se le reclamaría en caso de completarse los elementos requeridos para su existencia, sabe que hay una “expectativa de derecho” y no una “mera expectativa”, expresiones que no se deben confundir, como no lo hacen la doctrina ni la ley, en la medida en que la primera comprende los derechos condicionales y los eventuales, que por su especial naturaleza confieren al futuro titular (de cumplirse la condición suspensiva, en los primeros, o completarse los elementos faltantes, en los segundos) posibilidades jurídicas de administración, conservación y disposición (artículos 575, 1215 y 1547 a 1549 del Código Civil). **(Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 18 de Agosto de 1999; radicación 11818, Magistrado Ponente, Doctor Carlos Isaac Nader.).**

Así las cosas, como quiera que el demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión solicitada, **aplicando el principio de la condición más beneficiosa**, pues este no aparece que tenga excepciones, por ello **al no contemplar en forma expresa alguna excepción, no le es permitido al interprete, crearlas**, por lo tanto constituye un principio de carácter general, establecido en el artículo 53 de la Constitucional

Política, el cual resulta aplicable en este caso. En consecuencia, se tiene que, si bien el actor no cumplió los 60 años de edad antes del 1 de abril de 1994, en aras del principio de favorabilidad, sí le asiste derecho en el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo los parámetros normativos del acuerdo 049 de 1990, pues se reitera, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 1.000 semanas cotizadas para hacerse acreedor de la pensión en los términos allí precisados.

En tal sentido, como quiera que el señor SALAMANCA GONZÁLEZ acredita los requisitos para acceder a la pensión deprecada, la **fecha de causación** de la pensión lo será a partir 28 de enero de 2012, esto es, desde que cumplió la edad para pensionarse, toda vez que la desafiliación a COLPENSIONES registra para el 15 de octubre de 1994 (artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990).

Sobre el **monto de la mesada pensional**, la misma será el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a liquidación que hace parte integral de la presente decisión, situación por la que se condenará a pagar a COLPENSIONES las mesadas desde dicha data.

Intereses moratorios

En cuanto a este concepto no es dable su imposición como quiera que la presente decisión se basó en precedentes jurisprudenciales frente a la condición más beneficiosa, lo cual implica que la entidad demandada deba ser exonerada, tal y como lo ha tenido por sentado la CSJ Sala de Casación Laboral en sentencia SL 12018 de 2016, en la cual señaló:

“Para dar respuesta al reproche del recurrente para con la sentencia del Tribunal, suficiente es con señalar que esta Corporación, ha indicado, en lo que tiene que ver con la imposición de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que los mismos no son procedentes cuando el actuar de las administradoras, a efectos de negar las prestaciones que tienen a su cargo, encuentren justificación en la norma con la que se debía resolver el derecho, pues su actuar no se puede calificar de arbitrario o caprichoso. Es así como en sentencia CSJ SL 16390 2015 Rad. 40868, se anotó:

En sentencia de 13 de junio de 2012, rad. N° 42783, la Corte trajo a colación la de 29 de mayo de 2003, rad. N° 18789, donde se asentó esa postura en los siguientes términos:

‘Cierto es que el concepto de buena o mala fe o las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional no pueden ser considerados para establecer la procedencia de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tal y como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Sala. En efecto, así dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 2002 (Radicación 18512)’.

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta no estuvo guiada por el capricho o la arbitrariedad, sino por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. (Resaltado no es de su texto original).

Teniendo en cuenta el precedente anterior, en el caso bajo examen no es viable condenar a la accionada al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en atención a que la pensión de vejez se reconoció con sujeción al principio de la condición más beneficiosa y además, el accionado, en sede administrativa, para negar el derecho pretendido, se sometió a la norma en su contexto literal, otorgando con posterioridad el derecho una vez acreditó los requisitos de la normatividad soporte de su decisión, debiéndose entonces ordenar que las mesadas adeudadas así como su diferencia sean debidamente **indexadas**, como lo ha ordenado la CSJ Sala de Casación Laboral en los casos en los cuales no se impone el pago de intereses moratorios como en sentencia SL 2786 de 2020, entre otras, teniéndose en cuenta como IBL inicial el de causación de cada diferencia y como final, el de la data en que se efectúe el pago.

Prescripción

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción se tiene que en efecto la misma alcanzó a operar de manera parcial, por cuanto el derecho se causó el 28 de enero de 2012, momento en que cumplió los 60 años de edad y reclamó administrativamente el 15 de mayo del 2017 (CD-fl. 11 a 11 vto), mediante acto administrativo SUB 165555 del 28 de junio de 2018 le negó la entidad el reconocimiento pensional solicitado (fls. 45 a 48) y la demanda se presentó el 07 de junio de 2018 (fl. 27), de ahí que se encuentren prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 15 de mayo de 2014.

Por lo anteriormente expuesto, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado para en su lugar **CONDENAR** a la accionada a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez bajo el acuerdo 049 de 1990 y a la indexación en los términos ya anotados.

COSTAS

En aplicación del artículo 365 del Código General del Proceso, no se causarán costas en esta instancia, las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

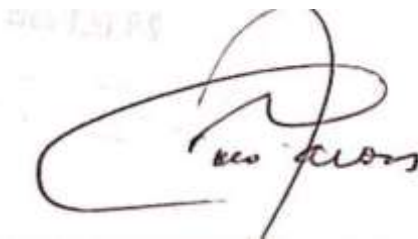
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 28 de enero de 2012 en cuantía equivalente al salario mínimo mensual vigente, junto con los reajustes legales y las mesadas adicionales de junio y diciembre y que deberá **PAGAR** partir del **16 de mayo de 2014**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de intereses moratorios y en su lugar, **CONDENAR** a la entidad demandada a cancelar las mesadas correspondientes desde la fecha de exigibilidad del derecho junto con las diferencias pensionales debidamente indexadas, conforme a la fórmula establecida por la Corte Suprema de Justicia, tomando como IBL inicial el de causación de cada diferencia y como final, el de la data en que se efectúe el pago.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES.

CUARTO: SIN COSTAS en ésta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Aclara voto)



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Aclara voto)



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. LUIS ALFREDO BARON RADICADO: 110013105033201832101 DEMANDANTE : RODRIGO SALAMANCA DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2012, aplicando el 87% para obtener el valor de la primera mesada.			

Promedio Salarial Anual							
Año 1984							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
05/08/84	31/08/84	27	17.790,00	593,00	\$ 16.011,00		
01/09/84	30/09/84	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/10/84	31/10/84	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/11/84	30/11/84	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/12/84	31/12/84	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
Total días		149			\$ 88.357,00	\$ 593,00	\$ 17.790,00
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/85	31/01/85	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/02/85	28/02/85	28	17.790,00	593,00	\$ 16.604,00		
01/03/85	31/03/85	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/04/85	30/04/85	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/05/85	31/05/85	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/06/85	30/06/85	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/07/85	31/07/85	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/08/85	31/08/85	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/09/85	30/09/85	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/10/85	31/10/85	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/11/85	30/11/85	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/12/85	31/12/85	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
Total días		365			\$ 216.445,00	\$ 593,00	\$ 17.790,00
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	31/01/86	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/02/86	28/02/86	28	17.790,00	593,00	\$ 16.604,00		
01/03/86	31/03/86	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/04/86	30/04/86	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/05/86	31/05/86	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/06/86	30/06/86	30	17.790,00	593,00	\$ 17.790,00		
01/07/86	31/07/86	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/08/86	31/08/86	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/09/86	30/09/86	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/10/86	31/10/86	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/11/86	30/11/86	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/12/86	31/12/86	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
Total días		365			\$ 234.958,00	\$ 643,72	\$ 19.311,62
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	31/01/87	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/02/87	28/02/87	28	21.420,00	714,00	\$ 19.992,00		
01/03/87	31/03/87	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/04/87	30/04/87	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/05/87	31/05/87	31	21.420,00	714,00	\$ 22.134,00		
01/06/87	30/06/87	30	21.420,00	714,00	\$ 21.420,00		
01/07/87	31/07/87	31	25.530,00	851,00	\$ 26.381,00		
01/08/87	31/08/87	31	25.530,00	851,00	\$ 26.381,00		
01/09/87	30/09/87	30	25.530,00	851,00	\$ 25.530,00		
01/10/87	31/10/87	31	25.530,00	851,00	\$ 26.381,00		
01/11/87	30/11/87	30	25.530,00	851,00	\$ 25.530,00		
01/12/87	31/12/87	31	25.530,00	851,00	\$ 26.381,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

Total días		365			\$ 285.818,00	\$ 783,06	\$ 23.491,89
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	25.530,00	851,00	\$ 26.381,00		
01/02/88	29/02/88	29	25.530,00	851,00	\$ 24.679,00		
01/03/88	31/03/88	31	25.530,00	851,00	\$ 26.381,00		
01/04/88	30/04/88	30	25.530,00	851,00	\$ 25.530,00		
01/05/88	31/05/88	31	25.530,00	851,00	\$ 26.381,00		
01/06/88	30/06/88	30	25.530,00	851,00	\$ 25.530,00		
01/07/88	31/07/88	31	25.530,00	851,00	\$ 26.381,00		
01/08/88	31/08/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/09/88	30/09/88	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/10/88	31/10/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/11/88	30/11/88	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/12/88	31/12/88	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
Total días		366			\$ 381.744,00	\$ 1.043,02	\$ 31.290,49
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/02/89	28/02/89	28	39.310,00	1.310,33	\$ 36.689,33		
01/03/89	31/03/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/04/89	30/04/89	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/05/89	31/05/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/06/89	30/06/89	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/07/89	31/07/89	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/08/89	31/08/89	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/09/89	30/09/89	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/10/89	31/10/89	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/11/89	30/11/89	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/12/89	31/12/89	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
Total días		365			\$ 535.766,33	\$ 1.467,85	\$ 44.035,59
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/02/90	28/02/90	28	47.370,00	1.579,00	\$ 44.212,00		
01/03/90	31/03/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/04/90	30/04/90	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/05/90	31/05/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/06/90	30/06/90	30	47.370,00	1.579,00	\$ 47.370,00		
01/07/90	31/07/90	31	47.370,00	1.579,00	\$ 48.949,00		
01/08/90	31/08/90	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/09/90	30/09/90	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/10/90	31/10/90	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/11/90	30/11/90	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/12/90	31/12/90	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
Total días		365			\$ 613.361,00	\$ 1.680,44	\$ 50.413,23
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/02/91	28/02/91	28	54.630,00	1.821,00	\$ 50.988,00		
01/03/91	31/03/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/04/91	30/04/91	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/05/91	31/05/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/06/91	30/06/91	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/07/91	31/07/91	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/08/91	31/08/91	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/09/91	30/09/91	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/10/91	31/10/91	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/11/91	30/11/91	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/12/91	31/12/91	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
Total días		365			\$ 776.159,00	\$ 2.126,46	\$ 63.793,89
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/02/92	29/02/92	29	70.260,00	2.342,00	\$ 67.918,00		
01/03/92	31/03/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/04/92	30/04/92	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/05/92	31/05/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/06/92	30/06/92	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/07/92	31/07/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/08/92	31/08/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/09/92	30/09/92	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/10/92	31/10/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/11/92	30/11/92	30	70.260,00	2.342,00	\$ 70.260,00		
01/12/92	31/12/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
Total días		366			\$ 857.172,00	\$ 2.342,00	\$ 70.260,00
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/02/93	28/02/93	28	89.070,00	2.969,00	\$ 83.132,00		
01/03/93	31/03/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/04/93	30/04/93	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/05/93	31/05/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/06/93	30/06/93	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/07/93	31/07/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/08/93	31/08/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
01/09/93	30/09/93	30	89.070,00	2.969,00	\$ 89.070,00		
01/10/93	31/10/93	31	89.070,00	2.969,00	\$ 92.039,00		
Total días		304			\$ 902.576,00	\$ 2.969,00	\$ 89.070,00
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
11/02/94	28/02/94	18	107.675,00	3.589,17	\$ 64.605,00		
01/03/94	31/03/94	30	107.675,00	3.589,17	\$ 107.675,00		
08/04/94	30/04/94	23	123.975,00	4.132,50	\$ 95.047,50		
01/05/94	31/05/94	31	123.975,00	4.132,50	\$ 128.107,50		
01/06/94	30/06/94	30	123.975,00	4.132,50	\$ 123.975,00		
01/07/94	31/07/94	31	123.975,00	4.132,50	\$ 128.107,50		
01/08/94	31/08/94	31	123.975,00	4.132,50	\$ 128.107,50		
01/09/94	30/09/94	30	123.975,00	4.132,50	\$ 123.975,00		
01/10/94	01/10/94	1	123.975,00	4.132,50	\$ 4.132,50		
Total días		225	-		\$ 903.732,50	\$ 4.016,59	\$ 120.497,67

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1984	149	1,660	76,19	45,898	\$ 17.790,00	\$ 816.518,13	\$ 4.055.373,39
1985	365	1,960	76,19	38,872	\$ 17.790,00	\$ 691.540,87	\$ 8.413.747,22
1986	365	2,400	76,19	31,746	\$ 19.311,62	\$ 613.063,36	\$ 7.458.937,51
1987	365	2,900	76,19	26,272	\$ 23.491,89	\$ 617.188,67	\$ 7.509.128,77
1988	366	3,600	76,19	21,164	\$ 31.290,49	\$ 662.228,49	\$ 8.079.187,60
1989	365	4,610	76,19	16,527	\$ 44.035,59	\$ 727.781,24	\$ 8.854.671,79
1990	365	5,810	76,19	13,114	\$ 50.413,23	\$ 661.098,83	\$ 8.043.369,12
1991	365	7,690	76,19	9,908	\$ 63.793,89	\$ 632.048,96	\$ 7.689.929,03
1992	366	9,740	76,19	7,822	\$ 70.260,00	\$ 549.600,55	\$ 6.705.126,76
1993	304	12,190	76,19	6,250	\$ 89.070,00	\$ 556.705,77	\$ 5.641.285,11
1994	225	14,930	76,19	5,103	\$ 120.497,67	\$ 614.917,43	\$ 4.611.880,72
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2012	\$ 77.062.637,01
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 642.188,64
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					87%
						Primera mesada	\$ 558.704,12
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2012	\$ 566.700,00

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

Fecha liquidación

viernes, 10 de septiembre de 2021

Recibe:

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE -GERMÁN AGUDELO RIVEROS -
CONTRA -LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita el señor **GERMÁN AGUDELO RIVEROS**, se **declare** que le asiste derecho al reconocimiento y pago del auxilio del 14% por persona a cargo su esposo Maria Hilda Ariza de Agudelo. Como consecuencia, se **condene** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento pensional del 14 % por persona a cargo, se indexen las sumas a cancelar por este concepto, se condene bajo las facultades ultra y extra petita y se **condene** al pago de las costas procesales (fl. 1).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fl. 1 a 2 del plenario, en los cuales en síntesis señaló; que mediante Resolución 015879 de 2003 se le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de agosto de 2003 atendiendo lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 al ser beneficiario del régimen de transición pero sin realizarle el incremento pensional, que conviven

con la señora Hilda Ariza desde el momento de su matrimonio -19 de abril de 1965- de manera ininterrumpida bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho y quien depende económicamente de esa pensión y que si bien solicitó para el 14 de octubre de 2016 lo correspondiente a los incrementos pensionales, la entidad demandada negó lo solicitado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3 y 6 y no constarle los restantes, propuso como excepciones de fondo prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, buena fe e innominada o genérica. (fls. 32 a 41).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de noviembre de 2019, **declaró probada** la excepción de prescripción propuesta por la demandada y como consecuencia **absolvió** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda y **no impuso condena** en costas. (CD -fl. 88).

Como argumento de su decisión, el *a quo* trajo a colación la sentencia de unificación proferida por la Corte Constitucional, esto con relación a la vigencia de los incrementos pensionales, por lo que bajo el principio de *indubio preoperario*, acogía la tesis CSJ con relación a la vigencia de los mencionados por personas a cargo, trayendo adicionalmente la normatividad que rige en torno al tema que no es otra que la contenida en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, en la que acotó que se acreditaba la condición de cónyuge, así como la dependencia económica de esta con el actor conforme al acervo probatorio que fue allegado al plenario, pues esta no percibe ningún emolumento salarial, pensional o algún tipo de renta, asimismo, se acreditó la convivencia entre la pareja de esposos, no obstante y declaró probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que fue reconocida en el 2003 y solo reclamó hasta el año 2016.

CONSULTA

LA PARTE ACTORA no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 se encuentran vigentes y en caso afirmativo, establecer si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para acceder a éstos.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor GERMÁN AGUDELO RIVEROS, conforme se infiere de la copia de la Resolución 015879 de 2003 (fl. 14y CD- fl.49), mediante la cual COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$714.536 a partir del 1° de agosto de 2003.

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

Al respecto es importante precisar, que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y en lo relativo a cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al

contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo, esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones".

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

*"... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el **deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos** que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional..."*

"Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo."

De suerte, que al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

"Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

"Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes" (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene

dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes" (Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución -ley suprema-, la que se aplica" (C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia sino que también atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

- 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
- 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En ese orden de ideas, se tiene que el actor adquirió el derecho a la pensión el **1° de agosto de 2003** data para la cual ya no se encontraban vigentes los incrementos, en tanto éstos fenecieron del ordenamiento jurídico el 1° de abril de 1994, esto es, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 de ahí que el demandante no tenga derecho a los mismos.

En tales condiciones y sin que sean necesarias consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de noviembre de 2019, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS:

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

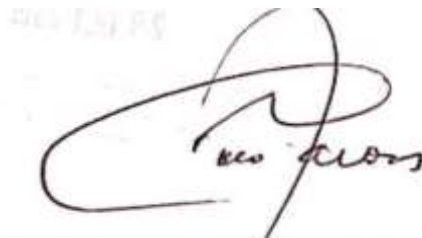
EN MERITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D. C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JEHINI HERLI LÓPEZ MONTAÑEZ
contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.-, -SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.-, -OLD MUTUAL
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.-Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **JEHINI HERLI LÓPEZ MONTAÑEZ**, se **declare** la nulidad de las afiliaciones realizadas el 26 de mayo de 1994 y el 31 de julio de 2007 con PROTECCIÓN S.A., se **declare** la nulidad de las afiliaciones realizadas el 29 de noviembre de 1997, el 08 de octubre de 1999, el 13 de junio de 2008 y el día 31 de marzo de 2009 con PORVENIR S.A., se **declare** la nulidad de la afiliación efectuada el 29 de octubre de 2015 con SKANDIA hoy OLD MUTUAL. Como consecuencia, se **ordene** a OLD MUTUAL traslade la totalidad de ahorro efectuado a COLPENSIONES y esta última entidad

acepte el traslado y efectúe la afiliación al RPMPD, recibiendo de OLD MUTUAL el ahorro efectuado con todos sus rendimientos.

De **manera subsidiaria** solicitó, se **ordene** a OLD MUTUAL a liquidar la mesada pensional igual a la que podría recibir de COLPENSIONES y en caso de que no prosperaran las pretensiones principales ni subsidiarias, se **ordene** a OLD MUTUAL indemnizarla por perjuicios irremediables que le causaron la falta de información, asimismo, se **condene** en costas y agencias en derecho y se **condene** a las demandadas extra y ultra petita (fl. 6 a 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 6), señaló que estuvo afiliada para los riesgos de vejez, invalidez y muerte al ISS del 16 de junio de 1988 hasta el 31 de mayo de 1994, cotizando un total de 231.57 semanas, asimismo, que en el año 1994 laboraba en una entidad privada, la cual permitió la entrada de asesores del Fondo Davivir afiliándose con esa entidad el 26 de mayo de 1994, informándoles que su futuro pensional sería mejor en el RAIS, pero nunca le informaron que la mesada pensional podría desmejorar, señaló que el 29 de noviembre de 1997 firmó el formulario de afiliación con COLPATRÍA hoy PORVENIR, que el 08 de octubre 1999 con HORIZANTE hoy PORVENIR, que el 31 de julio de 2007 con SANTANDER hoy PROTECCIÓN, que el día 13 de junio de 2008 con BBVA hoy HORIZONTE, que el 31 de marzo de 2009 con PORVENIR, manifestando que con esta última entidad recibió una proyección pensional indicándole que su mesada pensional a los 60 años podría ser \$932.489, agregó que firmó formulario con OLD MUTUAL el 19 de octubre de 2015 y que ninguno de los fondos pensionales en los que estuvo afiliada a los 47 años le informó que se podría trasladar a COLPENSIONES, así como tampoco le informaron el valor que debía ahorrar para acceder a la pensión de vejez. Señaló que solicitó el 02 de diciembre de 2016 a OLD MUTUAL la proyección de su mesada pensional y que para el año 2017 se radicó ante PORVENIR en la que le informaron que no se encontraba afiliada y de la misma manera radicó solicitud ante OLD MUTUAL, PROTECCIÓN S.A. la cual fue despachada de manera desfavorable y finalmente radicó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando se declarara la nulidad de afiliación ante el fondo privado y se recibiera en el RPMPD.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls.111 a 123), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 1 a 3, 16 a 19, 29 y 30, 41 a 48, no ser ciertos 11,21,23 y 27 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción o innominada o genérica.

A su turno, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** contestó el introductorio (fls. 105 a 118), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos aceptó los numerales 5 a 7; no ser cierto el numeral 8, en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo prescripción, pago, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 183 a 192), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 3, 4, 5, 12,14, 16 y 17 no ser ciertos los numerales 6, 7, 8 a 10, 23 a 26, y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo las denominadas validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** también dio respuesta al libelo demandatario (fls. 217 a 225 vto.), se opuso a las pretensiones contenidas en esta. En cuanto a los hechos aceptó los numerales 41 y 42, no constarle los hechos de 1 a 11, 15, 16, 20 a 22, 27 a 40 y 43 a 48 y no acepto los demás, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de septiembre de 2019 (CD – fls. 277), **declaró** la ineficacia del traslado al RAIS administrado por la AFP APROTECCIÓN, y con esto la afiliación realizada JEHINI HERLI LÓPEZ MONTAÑEZ el 26 de mayo de 1994, **declaró** que la demandante se encuentra efectivamente afiliada a la administradora de RPMPD COLPENSIONES, **ordenó** a OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES junto con sus respectivos interés o rendimientos, **ordenó** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas descritas como reactivar la afiliación de la demandante, **ordenó** a la AFP PROTECCIÓN S.A. pagar de ser el caso las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y si equivalencia en el RPMPD las cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio, **conminó** a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiese lugar lo cual deberá incluir gastos y cuotas de administración y **absolvió** a la demandada AFP PORVENIR de las pretensiones incoadas en su contra de conformidad con lo expuesto, **declaró** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, y **condenó** en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A.

Como **fundamentó su decisión**, indicó el *a quo* que, la ley 100 de 1993 ha tenido una evolución conforme al deber de información, por lo que previa referencia de jurisprudencia que ha girado en torno al tema, por lo que la información que está a cargo de las demandadas siempre ha existido, que la información contenida en el formulario de afiliación no es suficiente ni lo correspondiente a la suscripción del mismo, ni mucho menos el traslado entre administradora convalidan lo referente al tema pues era deber del inicial y con relación a la inversión de la carga de la prueba cuando se parte de una afirmación negativa, por lo que las preguntas realizadas en el interrogatorio de parte desconoció ese principio con relación a la carga probatoria que le asiste a la AFP que realizó el traslado de régimen, así como tampoco lo referente a que tenga que tener un derecho causado o ser beneficiaria del régimen de transición, por lo que concluyó que en el

presente asunto si había ineficacia de la afiliación pues no se acreditó los trámites correspondientes a su cargo.

APELACIÓN

La parte demandada AFP PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación, ante los numerales 1 y 5, indicando que había quedado claro que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria a DAVIVIR en mayo de 1994, indicó que si bien el deber de información existía, no era exigibles para la época, indicó que Davivir si observó la situación pensional de la demandante en cuanto a semanas cotizadas al RPMPD y la edad que tenía para el momento ya que era el inicio de su vida laboral y ganaba para ese momento un salario mínimo, indicó que no se demostró el engaño por parte de la demandante e indicó que la demandante si recibió una asesoría por dos horas y que la jurisprudencia solo es aplicable para los beneficiarios del régimen de transición y con relación al quinto punto señaló que no se tuvo en cuenta cuando se fijó el litigio y no se encuentra expuesto en el libelo demandatorio, que se debiera pagar las diferencias pensionales que se presentaran y tampoco fue alegado dentro del proceso por la parte actora teniendo en cuenta que no hay norma que respalde la condena impuesta en ese numeral.

La parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, no probó la demandante vicio alguno del consentimiento y quien aduce el hecho esta en la obligación de comprobarlo, aunado a lo anterior recibió diferentes asesorías ante los múltiples traslados e indicó que han transcurrido más de 20 años razón por la cual, no se trata de una nulidad y que de igual manera hubo una omisión por parte de la afiliada, ya que durante 20 años realizo distintos traslados pero en ningún momento retorno al ISS, indicando que la jurisprudencia solo se aplica ante expectativa legitima pensional, las cuales la demandante no tenía.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia tal y como abordó el estudio el *a quo*, en primer lugar porque resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información al momento de la afiliación, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba “(...) *En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)*” (CSJSL 1688-2019)

En torno al punto, también ha señalado la jurisprudencia que recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, en la medida en que con ello la “*prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*”

tal como lo pregona el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292).

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comentario, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, razón por la que no se acogen los argumentos esbozados por los recurrentes con relación a que la jurisprudencia solo aplica para las personas beneficiarias del régimen de transición y que tenían una expectativa legítima de pensión.

Precisado lo anterior y descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora JEHINI HERLI LÓPEZ MONTAÑEZ el 26 de mayo de 1994 (fl. 22), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de DAVIVIR afiliación que surtió efectos a partir del 1° de junio de 1994 (fl. 231), afiliándose posteriormente a COLPATRIA el 29 de noviembre de 1997 (fl. 23 y 228), a HORIZONTE 8 de octubre 1999 (fl. 24 y 229), a SANTANDER el 31 de julio de 2007 (fl. 25), a HORIZONTE el 13 de junio de 2008 (fl. 26), a PORVENIR el 31 de marzo de 2009 (fl. 27 y 230), a

OLD MUTUAL el 29 de octubre de 2015 (fl. 144), encontrándose actualmente afiliada a esta última entidad (fl. 136), efectuando cotizaciones en éste régimen desde mayo de 1994 a la fecha (fls. 196 a 201 y 146 a 150) Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 16 de junio de 1988 al 31 de marzo de 2001 (fl. 18).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN obrante a folio 22 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues pese a que no sea beneficiaria del régimen de transición y menos aún, tenía una expectativa legítima, tal y como lo reprochan las demandadas en sus argumentos de disenso, tal circunstancia no le impedía a la entidad cumplir con su obligación de informarle sobre las consecuencias tanto negativas como positivas que conllevaba su decisión, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de no ser beneficiaria del régimen de transición, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Refuerza lo anterior, el hecho en que si la demandante tuvo varios movimientos entre AFPS, también lo es que en el caso de HORIZONTE, COLPATRIA, PORVENIR y OLD MUTUAL, éstas no estaban obligadas a subsanar la información que en su momento no le brindó Davivir, pues lo que ocurrió fue un traslado entre administradoras, por lo que aquellas solo les bastaba con indicar las ventajas y desventajas frente a la otra administradora y si en gracia de discusión, se tuviere que estaban obligadas a asesorarla sobre el traslado de régimen, tal situación tampoco se demostró, en la medida que no existe prueba alguna que acredite que las afirmaciones contenidas en los formularios de afiliación relacionadas con la asesoría brindada.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses

como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

De ahí que PROTECCIÓN y PORVENIR, también deba trasladar a COLPENSIONES lo relativo únicamente a gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada en cada una de las administradoras, en tanto, ese dinero hace parte de la financiación de los derechos pensionales que surjan en favor de aquella y que estarán a cargo del ente de seguridad social.

Por lo que con relación a este punto, se modificará la sentencia apelada en tanto el *a quo* con relación a OLD MUTUAL, no ordenó la devolución de la totalidad de los rubros antes expuestos y respecto a PROTECCIÓN y PORVENIR, se adicionará la sentencia, toda vez que no se impartió orden alguna de trasladar los emolumentos indicados en el párrafo que antecede, sin que se incluya en este último evento, algún tipo de rendimiento, habida cuenta que estos fueron trasladados en su momento a OLD MUTUAL, cuando devino la afiliación de la accionante a la mencionada entidad, situación que quiso el Juez de Instancia acompasar cuando ordenó en el numeral quinto a PROTECCIÓN asumir el pago de diferencias pensionales que llegasen a presentarse entre uno u otro régimen, no obstante con los emolumentos aquí mencionados y por los que se modifica la sentencia de primera instancia, evitan que se presenten diferencias entre los mencionados, por lo que se revocará ese numeral.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período

determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁN EL ORDINAL TERCERO** y se **ADICIONARÁ** la sentencia apelada, en la forma antes expuesta y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, por las razones aquí esbozadas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. de conformidad con el numeral 3° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, en el sentido de **ORDENAR** a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** traslade a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

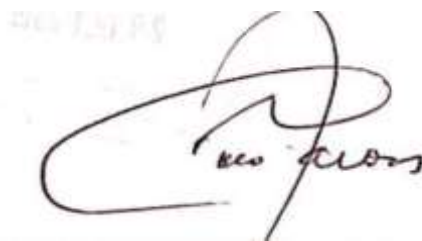
SEGUNDO: ADICIONAR el proveído impugnado, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros provisionales, conforme a lo aquí considerado.

TERCERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del 30 de septiembre de 2019, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

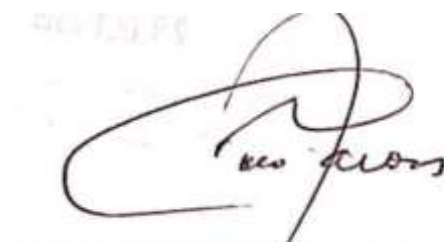


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., la suma de \$900.000 pesos, para cada una.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.**

SALA LABORAL.

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BLANCA FLOR MUÑOZ MORENO
contra -ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
- PORVENIR S.A.-, Y -ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
- COLPENSIONES-**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **BLANCA FLOR MUÑOZ MORENO**, se **declare** la nulidad de la vinculación al RAIS a través de PORVENIR S.A., se **declare** y **condene** a PORVENIR S.A. el traslado del RAIS al RPMPD, que PORVENIR S.A. debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, que PORVENIR S.A. debe rembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales, que COLPENSIONES debe aceptar la vinculación al RPMPD

recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración y aceptarla en el RPMPD como si nunca hubiese existido traslado de régimen pensional, que PORVENIR S.A. debe reconocer y pagar la suma de 50 SMLMV de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la atentatoria contra el derecho pensional de mi mandante, se **condene** en uso de las facultades extra y ultra *petita*, se **condene** a las demandadas en costas y agencias en derecho (fls. 5 a 7).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 5), señaló, en síntesis, que ha prestado servicios como empleada en varias entidades públicas y privadas desde el 01 de enero de 1984 a la fecha, que actualmente presta sus servicios como empleada de ESE HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR y que desde el inicio de su actividad laboral estuvo vinculada al RPMPD, agregó que el 14 de octubre de 1999 fue inducida a vincularse al RAIS sin informarle que perdería los beneficios del RPM, asimismo, no se realizó una simulación o comparación del valor de la mesada pensional en el RAIS y en el RPM, no le suministraron información idónea que le permitiera asumir una determinación objetiva, manifestó no haber informado a la empresa por escrito la determinación de trasladarse, señaló que la permanencia en el RAIS lesiona su derecho a la libre escogencia y trasgredió el pleno consentimiento y libre determinación, indicó que se presentó solicitud de desvinculación a PORVENIR en el año 2017 señalando principios que consideró se vulneraban y que su solicitud fue despachada de manera desfavorable y que con relación a la solicitud de afiliación ante COLPENSIONES, no ha existido pronunciamiento alguno.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 45 a 60), en la que se opuso a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos, manifestó ser ciertos los contenidos en los numerales 3,17 y 34, no ser ciertos los numerales 15,16 y 35, manifestó que no eran hechos los numerales 21 a 25 y no constarle los restantes y propuso como excepciones de fondo error sobre punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

A su turno, el **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó el introductorio (fls. 69 a 88), se opuso a las pretensiones, Sobre los hechos aceptó el numeral 26; no ser ciertos los numerales 4 a 14, 17 a 25 y 27 a 35; en cuanto a los demás manifestó no constarle, propuso como excepciones de fondo inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, buena fe, compensación e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 1 de octubre de 2019 (CD – fl. 147), **absolvió** a las entidades demandadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas y se abstuvo de estudiar las excepciones en este asunto y **condenó** en costas y agencias en derecho a la demandante BLANCA FLOR MUÑOZ MORENO.

Como **fundamentó su decisión**, Indicó el *a quo* que, en la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en particular, para el 1 de abril de 1994, la

demandante era beneficiaria del régimen de transición por edad, al contar con 35 años de edad, sin embargo, con relación a los hechos susceptibles de prueba, la AFP aportó el formulario de inscripción del 14 de octubre de 1999, en el que señaló, que el mismo cumplía con los requisitos formales ya que se consignó la información de los afiliados y era valido a la luz del ordenamiento jurídico, aunque no era prueba suficiente como cumplimiento del deber legal de información que debía acreditar PORVENIR, no obstante al haber solicitado esta última interrogatorio de parte a la demandante, quien no compareció al mismo y que tenía como fin de que refiriera las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como se había dado la asesoría previo al traslado, sin embargo para este hecho se declaró como confesó con relación al asesoramiento recibido por parte de PORVENIR con el lleno los requisitos, hecho que al acreditarse probado permite entender que se cumplió con el lleno de los requisitos sustanciales, razón por la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, señalando en síntesis, que el hecho de no haber asistido a absolver interrogatorio de parte, no se podía inferir que PORVENIR había suministrado una información valida y veraz previo al traslado de régimen y que no habría lugar a desestimar los hechos establecidos en la demanda y en la contestación de la demanda PORVENIR hizo reiteración en lo pertinente a la carga de la prueba, por lo que el deber de información recae sobre la AFP con relación, a las ventajas y desventajas del régimen y los riesgos de dicha decisión, manifestó que no se aportó ningún documento en el que se demostrara que sé que ofreció la información completa y veraz, por lo cual, el solo hecho de consignar en un formulario pre impreso en la letra pequeña la información, no quería decir que cumplió con dicho deber, estableciendo como fundamento la inversión de la

carga de la prueba y que por esta esta razón, solicitaba la revocatoria de la sentencia.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP PORVENIR S.A. es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala que si bien es cierto en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la accionante se trasladó al RAIS, lo cierto es que tal circunstancia debe abordarse solo desde su ineficacia, en primer lugar porque resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, ni mucho menos que se invierta la carga de la prueba en los casos en los que se alega nulidad y deba probar el extremo pasivo que no existieron los vicios referidos, situación totalmente contraria cuando se aborda su estudio desde la ineficacia, ya que cuando el afiliado alega no haber recibido la debida información cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, invirtiéndose bajo este supuesto la carga de la prueba *“(…) En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo*

contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (...)” (CSJSL 1688-2019)

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comentario, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición.

Precisado lo anterior y descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la señora BLANCA FLOR MUÑOZ MORENO el 14 de octubre de 1999 (fl. 28-92), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con

solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A, afiliación que surtió efectos a partir del 1° de diciembre de 1999 (fl. 94) encontrándose afiliada en la actualidad a ésta entidad, efectuando cotizaciones en el RAIS desde noviembre de 1999 a febrero de 2019 (fls. 98 a 132). Así mismo, aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES de forma interrumpida del 1 de agosto de 1984 al 31 de octubre de 1999 (CD-fl. 64).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR obrante a folios 28 y 92 se denota que la accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea y que había sido asesorada sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento PORVENIR, estaba en la obligación de informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos.

Aunado a ello, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en que se calcularía la pensión, esto es, con base en la modalidad y rendimientos recibidos y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaría para gastos de administración y seguros provisionales entre otros; pues si bien para la época del traslado no existía la obligación de elaborar una proyección del valor de la mesada, lo cierto es que para brindarle la asesoría sobre los aspectos en mención, no requería de la misma, máxime si uno de los argumentos para motivar el traslado era que la pensión sería más alta que en el régimen de prima media; luego si no podía efectuar una proyección

su afirmación carecía de sustento, de ahí que no era viable afirmar un hecho que era incierto más aún, sino tenía pruebas de ello; de suerte que estaba obligada a explicarle las variables que podría tener la prestación con el paso del tiempo.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a PORVENIR S.A., pues es ella quien tenía que demostrar que tipo de información le dio a la demandante al momento de su traslado y si la misma fue veraz, sin que el hecho de ser o no beneficiaria del régimen de transición, de por cierto que las circunstancias antes anotadas hayan sido de su conocimiento; de ahí que el traslado se torne ineficaz, máxime cuando la información que se le brindó trajo consigo únicamente las ventajas del RAIS dejando de lado las desventajas y demás aspectos que traía consigo su decisión.

Ahora bien, con relación a la declaratoria de confeso que realizó el *a quo* en el que precisó que el interrogatorio de parte como medio de prueba, buscaba la confesión con relación a la información recibida por parte de PORVENIR previo a efectuar el traslado de régimen, la Sala debe precisar que de conformidad con lo establecido en el artículo 197 del CGP, toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otros medios de convicción, en la medida que el juez de trabajo está prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a tarifa legal de pruebas, por tanto, la confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL 1357-2018). Así y conforme ha señalado la jurisprudencia recae directamente sobre quien gravita el deber de suministrar la información, concretamente el impacto del cambio del régimen, la *“prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”* tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil (CSJSL 19447 de 2017, radicado No. 46.292), por lo que con esa sola consecuencia procesal, no se podía

concluir que en efecto la AFP había cumplido a cabalidad con el deber de información, carga que se encontraba a su cargo, en los términos que fueron precisados en precedencia.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación de la actora al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual y que la integran con los cuales, el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar, de ahí que esté obligado a recibir tales emolumentos y a su vez, actualizar la historia laboral en la medida que ese dinero producto de los aportes, corresponde a las semanas cotizadas en el régimen de prima media y por ende, deben convertirse en tales y plasmarse en el respectivo reporte.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y en su lugar, se **DECLARARÁ** la ineficacia del traslado que hizo la actora del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., con las consecuencias que ello implica.

COSTAS

En ambas instancias estarán a cargo, PORVENIR y COLPENSIONES, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado que hiciere la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, conforme las razones expuestas en esta providencia.

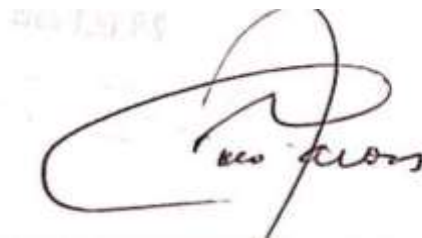
SEGUNDO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez reciba de las AFP los emolumentos indicados en los ordinales anteriores, reactive la afiliación de la accionante al régimen de prima media con prestación definida y actualice la historia laboral con las cotizaciones devueltas.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

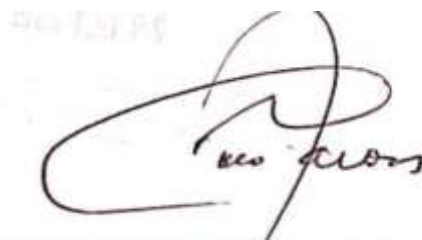


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, la suma de \$900.000 pesos, para cada una.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – ZOILA MONTAÑA DE ARIAS -
contra –MANUEL MARIO RINCÓN CUEVAS y ANGELINA ARIAS LOZANO.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **ZOILA MONTAÑA DE ARIAS**, se **declare** que entre los demandados MANUEL MARIO RINCÓN CUEVAS y ANGELINA ARIAS LOZANO existió un contrato de trabajo entre el 1 de enero de 2007 hasta el 14 de diciembre de 2016. Como consecuencia, se **ordene** el pago de salarios insolutos entre el 1 de octubre y 14 de diciembre de 2016, cesantías junto con sus intereses entre el 1 de enero de 2015 al 14 de diciembre de 2016, prima de servicios, horas extras, recargo dominical y festivo entre el 1 de enero de 2009 al 14 de diciembre de 2016 y vacaciones entre el 1 de enero al 14 de diciembre de 2016, asimismo, el pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria del art. 65 CST, a la sanción por no consignación de cesantías art. 99 de la Ley 50 de 1990, aportes pensionales entre enero y octubre de 2007 y desde agosto de 2012 hasta 14 de diciembre de 2016, diferencias pensionales sobre el salario de \$1.400.000 de los meses noviembre, diciembre de 2007, enero a noviembre de 2008, febrero 2009, marzo y diciembre de 2009, enero y diciembre de 2010, enero y diciembre de 2011 y enero y julio de 2012. (fls. 21 a 22)

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 22 a 23), señaló en síntesis, que empezó a laborar a partir del 1 de enero de 2007 con los demandados socios de la empresa Inversiones Acari Ltda y que el vínculo se dio de manera verbal a término indefinido, desempeñando las funciones como cajera y devengando como salario la suma de \$1.400.000, que sus labores las desarrollaba de lunes a domingo de 8am a 8pm y que el vínculo fue terminado sin justa causa el 14 de diciembre de 2016, en el que no le pago de manera completa los salarios, así como tampoco la totalidad de las prestaciones sociales, vacaciones, omitió el pago de unos meses a pensión y en otro no los realizó sobre el \$1.400.000 que devengaba.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

MANUEL RINCÓN CUEVAS y ANGELINA ARIAS LIZARAZO - contestaron el introductorio (fls. 72 a 86 y 88 a 90), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, aceptaron los contenidos en los numerales 3, 5 a 7 y negó los restantes, señalaron en síntesis, que la demandante no tuvo ninguna relación laboral con los socios- personas naturales de Inversiones Acari Ltda, sino con esta persona jurídica, adelantando funciones como cajera. Propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa y mala fe y temeridad.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de mayo de 2019 (CD – fl. 114), **declaró** probada de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva, como consecuencia de ello, **absolvió** a los demandados MANUEL MARIO RINCÓN CUEVAS y ANGELINA ARIAS LOZANO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante ZOILA MONTAÑA DE ARIAS y **condenó** en costas a la actora.

Fundamentó su decisión, trayendo a colación lo establecido en el artículo 23 y 24 del CST e indicó que conforme al acervo probatorio obrante en el expediente, particularmente el interrogatorio de parte, la demandante había confesado prestar sus servicios para la persona jurídica Acari Ltda, que era

la sociedad quien cancelaba sus salarios y quien la afilió al sistema de seguridad social integral y reconoció los comprobantes de pago emitidos por la sociedad Acari Ltda que acreditaba el pago de salarios, así como lo afirmado por el testigo fue enfático que los servicios prestados por la demandante fue a favor de la persona jurídica y no de las personas naturales convocadas a juicio, por lo que valorados los mismos, concluyó que la demandante solo prestó sus servicios a la mencionada sociedad y que en el presente asunto se había presentado una falta de legitimación en la causa por pasiva que declaraba de oficio, en el que si bien los demandados fungen en calidad de socios, lo cierto es que conforme al art. 98 del C. Co. la persona jurídica es totalmente diferente a los socios que la conforman, y si bien los mismos son solidariamente responsables, lo cierto es que la solidaridad se deriva de la declaratoria de un contrato con la sociedad, sin que aquí se demandara a la persona jurídica, por lo que absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, reiteró los fundamentos de orden fáctico y jurídicos consignados en la demanda, que al presentarse la demanda en contra de las personas naturales demandadas en calidad de socios Aicardi LTDA y que al estar frente a una sociedad limitada y de responsabilidad solidaria, estaba al frente una sociedad de personas y que la CSJ ha sido enfática en determinar que se puede demandar a un socio o se puede demandar a todos los socios e incluso a la persona jurídica, por lo que queda a discreción de la parte si desea o no convocarla a juicio y al haberse tratado de un acuerdo verbal con los demandados por eso fue que se demandaron, toda vez que no obra en el proceso testimonios que determine o pruebe que lo hicieron fungiendo como representantes legales de la sociedad y que se haya acordado la prestación de servicio en un local comercial, y que le haya pagado sus salarios la persona jurídica es diferente, pero en la demanda es claro que se demandó en calidad de socios de la sociedad Ltda, por lo que debió vincularse mediante contrato escrito con los respectivos membretes, solicitando bajo esos argumentos la revocatoria de la sentencia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si la demandante estuvo ligado por una relación laboral dependiente y subordinada con los señores MANUEL MARIO RINCÓN CUEVAS y ANGELINA ARIAS LOZANO, o si, por el contrario, se configuró la falta de legitimación en la causa por pasiva.

En el caso *sub examine*, no es materia de controversia que los señores MANUEL MARIO RINCÓN CUEVAS y ANGELINA ARIAS LOZANO son socios de la persona jurídica Inversiones Acari Ltda conforme se extrae del certificado de existencia y representación legal que milita a folios 108 a 110 del expediente y del que se extrae adicionalmente que el señor RINCÓN CUEVAS es gerente y representante legal de la sociedad.

Existencia de un contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

No existe discusión en el caso *sub examine* que la prestación personal del servicio del demandante fue a favor de la sociedad Inversiones Acari Ltda

donde son socios los demandados, pues independientemente tal y como lo cuestiona el recurrente en sus motivos de disenso, que ellos hayan realizado la contratación de forma verbal y que no realizaran un contrato por escrito con los membretes de las empresa, lo cierto es que en el presente asunto quedó demostrado dicha situación de orden fáctico, mediante confesión realizada por la demandante al momento en que absolvió el interrogatorio de parte, indicando que había trabajado para la persona jurídica previa contratación realizada por los demandados, así mismo, aceptó que sus salarios también eran cancelados por la empresa y no desconoció las órdenes de pago que militan a folios 52 a 64 del expediente y que corresponden a los salarios que eran cancelados directamente por Inversiones Acari Ltda.

Corrobora adicionalmente lo anterior, el certificado laboral (fl. 7) en el que el señor MANUEL MARIO RINCÓN CUEVAS expidió constancia, consignando que la demandante laboraba como cajera en Inversiones Acari Ltda desde enero de 2001 con contrato a término indefinido; junto con el el testimonio de la señora María Azucena Gualdrón cuando fungió como auxiliar contable de -Inversiones Acari ltda- con relación a las situaciones de modo, tiempo y lugar de como desarrollaba la labores la aquí demandante favor de la persona jurídica, en el que manifestó que la actora prestaba sus servicios personales en el supermercado Coratiendas donde Inversiones Acari Ltda tenía habilitado un espacio para vender víveres, ocupando el cargo de cajera y que el salario lo pagaba la compañía así como su seguridad social.

Por lo anterior, la demandante no logró demostrar la prestación de servicios a favor de los demandados en calidad de personas naturales, sino por el contrario, con la confesión realizada en interrogatorio de parte, se extrae de manera inequívoca que laboró para la persona jurídica -Inversiones Acari Ltda- quien no fue convocada a juicio. No obstante, el actor aduce, adicionalmente, dentro de sus motivos de disenso que era potestativo haber demandado a uno o a otro (a la sociedad LTDA- o a los SOCIOS) y que así lo tenía sentado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, por lo que advierte la Sala, que lo manifestado no está en favor del recurrente y parte de una premisa equivocada, ya que lo establecido en el

artículo 36 del CST¹, la responsabilidad solidaria de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo es respecto **de las sociedades de personas y sus miembros**, por lo que para el caso en particular, Inversiones Acari Ltda al haber fungido como empleadora de la demandante, lo potestativo era integrar o no a los socios demandados en la presente Litis y así lo precisó entre otras, las sentencias CSJ SL de 2006 -Rad 25323, CSJ SL de 2009 Rad- 29522, CSJ SL de 2011, Rad. 38077 y CSJ SL de 2014, Rad. 44398 en la que precisaron lo siguiente:

“(...)Aspecto central materia de la controversia es el relativo a la obligación que es objeto de la solidaridad legal reclamada en el sub lite -la del socio con su sociedad- que, para precisarlo de partida, es la causada por la vinculación laboral del trabajador frente al empleador, quien es el responsable directo de la obligación; corolario de tal afirmación es que la que se exige del solidario, no es deuda autónoma o diferente de aquella; lo que la ley manda garantizar con el pago es la debida por el empleador.

*Tal premisa tiene repercusiones procesales en que la demanda judicial orientada a la determinación de la existencia de la obligación, necesariamente, **ha de comprender al empleador como responsable directo del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.***

La doctrina de la Sala ha sido reiterativa en exigir la constitución del litis consorcio necesario entre el deudor solidario y el empleador, cuando la pretensión de la demanda es establecer lo que se le adeuda al trabajador por su relación laboral. Ha dicho la Sala:

La Corte ha señalado que cuando se demanda al deudor solidario laboral –específicamente por la condición de beneficiario o dueño de la obra- debe ser también llamado al proceso el empleador. En sentencia de 10 de agosto de 1994, Rad. N° 6494 dijo la Corte:

¹ **ARTICULO 36. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.** Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

“a) El trabajador puede demandar solo al contratista independiente, verdadero patrono del primero, sin pretender solidaridad de nadie y sin vincular a otra persona a la litis.

“b) El trabajador puede demandar conjuntamente al contratista patrono y al beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de una litis consorcio prohijada por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente.

“c) El trabajador puede demandar solamente al beneficiario de la obra, como deudor solidario si la obligación del verdadero patrono, entendiéndose como tal al contratista independiente ‘existe en forma clara expresa y actualmente exigible, por reconocimiento incuestionable de éste o porque se le haya deducido en juicio anterior adelantado tan sólo contra el mismo.

Este principio formulado por la Corte frente al beneficiario o dueño de la obra tiene cabal aplicación para cuando se convoca al proceso al intermediario laboral, pues su razón es la de una calidad que es común a aquéllos y a éste: deudor solidario de las obligaciones con trabajadores del empleador; ciertamente si lo que se persigue con el proceso es la existencia de la deuda, la unidad del objeto no puede ser rota; con el deudor solidario debe ser siempre llamado el empleador, quien es el primero que debe responder por los hechos que originan o extinguen la obligación reclamada.

Lo anterior no es óbice para que, como lo indica la Sala en la sentencia reseñada, el trabajador escoja entre cualquiera de los obligados para exigir el pago de una obligación, una vez ésta ya ha sido establecida” (sentencia de mayo 10 de 2004, rad.22371).

(...)

n el proceso que persiga declarar la existencia de la obligación laboral no se requiere vincular – nada se opone a que voluntariamente se haga a un deudor solidario, por cuanto el objeto es definir el contenido de las obligaciones de una relación jurídica de la que no es parte, y por lo mismo, no hay lugar a excepciones derivadas de la naturaleza de la obligación conducentes a impedir su existencia.

Cuando se persiga hacer valer la solidaridad sin que se hubiere establecido la deuda en acta conciliatoria o proceso judicial, se debe constituir litis consorcio necesario con el deudor principal.

La actuación procesal del deudor solidario, en proceso en el que se le ha llamado a integrar el litisconsorcio con el responsable principal, o en uno posterior al que ha resuelto la controversia sobre la definición de la obligación materia de la solidaridad, y con la pretensión de condenarlo a que asuma el pago de la misma, ha de encaminarse a allanarse o defenderse, aceptando o controvirtiendo el que se den los supuestos sobre los que se edifica la solidaridad, esto es, sobre si se reúnen o no, por ejemplo, los requisitos del artículo 34 del C.S.T. para el beneficiario de la obra, del artículo 35 en tratándose del intermediario, o del artículo 36 para el socio de una sociedad, o si ésta se da, presentando excepciones personales frente al actor, conducentes a enervar la obligación de pago, como por ejemplo acreditando que éste ya fue realizado, o que operó el fenómeno de la compensación, de la novación, o de la prescripción, entre otros.

Se ha de advertir que la solidaridad que se reclama en el sub examine tiene por fuente la ley, premisa que no desvanece la circunstancia de que el contenido de tal obligación haya sido precisado por una sentencia judicial, de la manera que se pretende cuando se alega que con ello lo que se violaría el principio de que las sentencias tienen efectos inter partes; ciertamente lo que obra es el imperio de la ley (...)

En ese orden de ideas, resulta diáfano concluir que en el presente asunto, el actor si tenía la obligación de demandar a la persona jurídica -Inversiones

Acari Ltda- como responsable directo y principal de lo pretendido en el libelo introductorio, pues era la persona con quien debía declararse la relación laboral, acto seguido, haber establecido la existencia o no de deuda alguna por concepto de acreencias laborales y una vez definida las mismas, determinar lo correspondiente a los deudores solidarios, pero contrario a ello, en el presente asunto no se convocó a la sociedad, **por lo que no puede esta instancia condenar o imponer una obligación a quien no se llamó en el curso del proceso, toda vez que dicha situación violaría los principios de defensa y debido proceso.** De igual forma, tampoco resulta procedente, impartir declaración o condena alguna a los socios demandados conforme a lo aquí expuesto.

Por ultimo debe precisarse con relación a la legitimación en la causa por pasiva que declaró de oficio el *a quo*, esta es entendida como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda, por cuanto es el sujeto de la relación jurídica sustancial y para poder predicar esta calidad, es necesario probar la existencia de dicha relación, situación que en esta caso claramente no ocurrió y que llevan **CONFIRMAR** la decisión impartida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

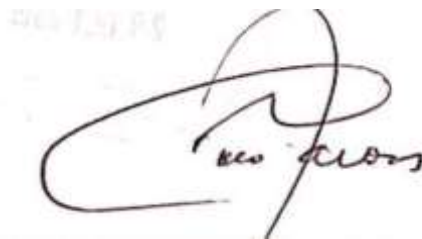
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

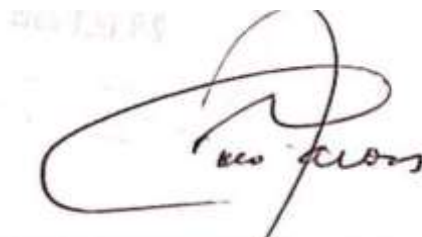


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de ZOILA MONTAÑA DE ARIAS, la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ. D. C.
SALA LABORAL.**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE – CARLOS ARMANDO SOLANO HIDALGO - contra FORMALETAS Y EQUIPOS S.A.S.- PEDRO PABLO HERRERA RODRIGUEZ-CRISTHIAN CAMILO HERRERA CASAS-JHON ALEXANDER CASAS GÓMEZ-CARLOS JULIO GALINDO CEPEDA-FABIO CAMARGO SUC-CRISTOFER CALDERON CUELLAR-LUIS EDUARDO HERRERA- y -ESTRUCTURAS PEDRO PABLO HERRERA Y CIA LTDA EN LIQUIDACIÓN-

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA
ANTECEDENTES**

Pretende el señor **CARLOS ARMANDO SOLANO HIGALGO**, se **declare** que existió un solo empleador en la relación laboral surgida con el demandado FORMALETAS Y EQUIPOS y las demás razones sociales entre septiembre de 2001 hasta el 31 de marzo de 2015, que se **declare** que el vínculo con la demandada se dio a través de un contrato a término indefinido y de manera ininterrumpida. Como consecuencia, se **ordene** el pago de la liquidación de contrato de trabajo, la indemnización por despido sin justa causa, a las cesantías dejadas de cancelar junto con la sanción legal por falta de consignación, que se liquide el contrato con el salario variable que devengaba, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 167 a 168).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 164 a 167), señaló en síntesis, que conforme se extraía de la historia laboral anexa que había laborado desde el año 2001 hasta marzo de 2015 con la demandada quien en dicho interregno cambió su razón social realizando los aportes a la seguridad social por las demandadas restantes, indicó que la labor que desarrolló era de Oficial de Construcción y que consistió en mezclar cemento, preparación material, cantidades a utilizar, preparación de diferentes materiales, traslado de piedra, cemento, arena y herramientas, derribaba paredes y vigas así como construcción, limpiar el área de trabajo, recoger materiales, que acataba las órdenes de los demandados, toda vez que las personas naturales pertenecían a un grupo familiar con diferentes razones sociales, que el horario de trabajo correspondió de lunes a viernes de 7 am a 5pm aunque a veces se extendía más su horario laboral y que por ello le cancelaban más, agregó que durante el vínculo, no realizaron aportes en algunos meses a seguridad social, CCF ni a cesantías, agregó que cree que le dieron por terminado el vínculo ante la negativa de haber asistido en un proceso como testigo al haberse negado a que le prepararan las preguntas y respuestas, por lo que lo único que le indicó uno de los demandados FABIO CAMARGO era que no había más trabajo situación que ratificó el señor PEDRO HERRERA, por lo que adujo haber sido despedido sin justa causa, sin que le pagaran las prestaciones sociales, vacaciones, horas extras ni mucho menos la indemnización por despido sin justa causa, acotó que la demandada omitió su deber legal de consignar las cesantías a un fondo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FORMALETAS Y EQUIPOS S.A.S.- y PEDRO PABLO HERRERA RODRIGUEZ-CRISTHIAN CAMILO HERRERA CASAS-JHON ALEXANDER CASAS GÓMEZ-CARLOS JULIO GALINDO CEPEDA-FABIO CAMARGO SUC-CRISTOFER CALDERON CUELLAR-LUIS EDUARDO HERRERA-, ESTRUCTURAS PEDRO PABLO HERRERA Y CIA LTDA EN LIQUIDACIÓN- a través de curador ad litem- contestaron el introductorio (fls. 252 a 263), oponiéndose a las pretensiones de éste. Sobre los hechos, indicó no constarle ninguno, propuso como excepciones de fondo las denominadas prescripción, inexistencia de la obligación y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de julio de 2019 (CD – fl. 271), **declaró** que entre el señor CARLOS ARMANDO SOLANO HIDALGO y las demandadas FORMALETAS Y EQUIPOS S.A.S., PEDRO PABLO HERRERA RODRIGUEZ, CRISTHIAN CAMILO HERRERA CASAS, JHON ALEXANDER GÓMEZ CASAS, FABIO CAMARGO SUC, CRISTOFER CALDERON CUELLAR, LUIS EDUARDO HERRERA y ESTRUCTURAS PEDRO PABLO HERRERA Y CIA LTDA EN LIQUIDACIÓN existieron los siguientes contratos de trabajo a término indefinido y teniendo como salarios el mínimo legal mensual vigente en cada uno de los declarados, así:

	INICIA	FINALIZA	EMPRESA
1	01/09/2001	31/07/2002	ESTRUCTURAS PEDRO PABLO HERRERA
2	01/03/2003	31/07/2003	ESTRUCTURAS PEDRO PABLO HERRERA
3	01/09/2003	30/11/2004	ESTRUCTURAS PEDRO PABLO HERRERA
4	01/01/2005	30/09/2005	ESTRUCTURAS PEDRO PABLO HERRERA
5	01/10/2005	28/02/2006	PEDRO PABLO HERRERA RODRIGUEZ
6	01/04/2006	30/04/2006	LUIS ERNESTO HERRERA
7	01/04/2006	30/04/2006	PEDRO PABLO HERRERA RODRIGUEZ
8	01/05/2006	30/06/2006	LUIS ERNESTO HERRERA
9	01/06/2006	30/06/2006	PEDRO PABLO HERRERA RODRIGUEZ
10	01/07/2006	31/01/2007	LUIS ERNESTO HERRERA
11	01/02/2007	30/06/2007	LUIS EDUARDO HERRERA
12	01/07/2007	31/12/2007	FABIO CAMARGO
13	01/02/2008	28/02/2008	LUIS ERNESTO HERRERA
14	01/04/2008	31/07/2008	LUIS EDUARDO HERRERA
15	01/08/2008	31/10/2008	FABIO CAMARGO
16	01/11/2008	31/01/2009	CRISTOFER CALDERON CUELLAR
17	01/02/2009	31/07/2009	FABIO CAMARGO
18	01/08/2009	31/01/2010	CARLOS JULIO GALINDO CEPEDA
19	01/02/2010	30/11/2010	FORMALETA Y EQUIPOS SAS
20	01/12/2010	31/12/2012	JHON ALEXANDER CASAS
21	01/01/2011	30/09/2011	FORMALETA Y EQUIPOS SAS
22	01/01/2012	28/02/2012	CRISTIAN CAMILO HERRERA CASAS
23	01/03/2012	31/03/2015	FORMALETA Y EQUIPOS SAS

De igual forma, **condenó** a la demandada FORMALETA Y EQUIPOS SAS, a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de i) \$1.791.613 por concepto de cesantías ii) \$214.993 intereses a las cesantías, iii) 1.791.613 prima de servicios, iv) \$895.806 prima de servicios y v) 15.158.925 indemnización por no consignación de cesantías, **condenó** a todas y cada una de las demandadas a pagar al demandante, ante la entidad que se encontrara afiliado en el sistema de seguridad social integral en pensiones, previo calculo actuarial que realice la misma por los periodos en que declaró los contratos de trabajo y del cual debía realizarse sobre el salario mínimo legal mensual vigente, **absolvió** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, **declaró probada parcialmente** la excepción de prescripción y **condenó** en costas a las demandados.

Fundamentó su decisión, indicando con relación a la solicitud de declarar la existencia de una sola relación laboral y la sustitución patronal, considerando que al demandante le correspondía probar la prestación del servicio a favor de las demandadas y que estas últimas les correspondía desvirtuar la subordinación, por lo que previo recuento del acervo probatorio obrante en el infolio, indicó que quedó demostrada la prestación de servicios a favor de las demandadas, específicamente con la certificación expedida por Cafesalud, en los que se lograba determinar los tiempos que había laborado a favor de cada una de las demandadas, sin que las demandadas lograran derruir lo que legalmente les correspondía, acotó entonces, que lo pretendido por la parte actora era la declaratoria de una sola relación laboral, aduciendo en el presente asunto una sustitución patronal, realizando el análisis sobre este tópico conforme a normatividad, trayendo a colación los certificados de existencia y representación legal de las demandadas personas jurídicas, concluyendo que en el presente asunto no había quedado demostrado lo correspondiente a la sustitución patronal, en el que si bien las personas jurídicas tienen un objeto social similar, no se había logrado demostrar que todas las personas jurídicas y naturales se trataran de una sola entidad, pues lo único que ratificaba lo puesto a consideración era lo manifestado en interrogatorio de parte, ya que los testigos arrimados al infolio, indicaron al unísono no constarles quienes impartían ordenes al demandante, sin que se demostrara adicionalmente los objetos de las personas naturales, por lo que declaró los contratos de

manera independiente con cada una de las demandadas y con relación a los salario indicó que correspondió al mínimo legal mensual vigente al no demostrarse otro dentro del presente asunto.

Acto seguido, indicó que con relación a la liquidación de prestaciones sociales y atendiendo que en el presente asunto se habían declarado contrato de manera independiente, acotó que el único contrato que no se había visto afectado por el fenómeno prescriptivo era el último con FORMALETAS Y EQUIPOS, declarando con relación a este, el fenómeno prescriptivo con anterioridad al 31 de marzo de 2012 teniendo en cuenta que le vínculo había finalizado el 31 de marzo de 2015, condenando al pago frente a este vínculo por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, por otro lado y con relación a la indemnización por despido sin justa causa, el demandante no cumplió con la carga de demostrar, absolviendo de esta pretensión.

De igual forma y con relación a los aportes al sistema de seguridad social que realizaron los demandados de manera interrumpida, ordenó que revisaran los periodos correspondientes a los declarados y solicitar a la entidad la elaboración del cálculo actuarial de los periodos faltantes conforme a las relaciones laborales declaradas y con relación a la indemnización por no consignación de cesantías accedió a lo solicitado, finalmente y con relación a las excepciones, declaró parcialmente la de prescripción y no probada la excepción de inexistencia de la obligación.

APELACIÓN

LA PARTE ACTORA interpuso recurso de apelación, indicando que conforme al acervo probatorio obrante en el infolio había quedado demostrado que el demandante había laborado de manera ininterrumpida recibiendo las órdenes del señor PEDRO PABLO desde el 2001 hasta el 2015, asimismo haber quedado demostrado la sustitución patronal ya que su familia creaba las empresas bajo el mismo objeto social, conforme lo establece el artículo 67 CST, sin que existiera la liquidación de contrato ya que este siguió recibiendo órdenes del señor PEDRO PABLO HERRERA y lo correspondiente a la terminación del contrato, por otro lado, la defraudación ante el sistema de

seguridad social sobre las cotizaciones que se realizaron el mínimo ya que devengaba mucho más y que esto había quedado demostrado en el plenario, existiendo interregnos en los que no se pagó, por lo que aseveró que el señor PEDRO PABLO HERRERA, defraudo el sistema al no reportar el salario que realmente devengaba, sin que respetara ante la sustitución patronal efectuada los derechos de trabajador en los que no canceló sus prestaciones.

Acotó adicionalmente haber quedado demostrado que el señor PEDRO PABLO seguía creando empresas con idénticos objetos sociales, pero siguiendo sin modificar la dirección de notificación y que en el presente asunto el demandado se había allanado ante la falta de presentación personal, por lo que debía atenderse a las pretensiones y hechos contenidos en la demanda y que debía atenderse lo manifestado en la declaración de parte que continuaba con el mismo empleador y que así lo había ratificado los testigos, por lo que le asiste derecho a las acreencias solicitadas, debidamente indexadas.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si en el presente asunto hubo sustitución de empleadores y si el actor acreditó que existió un solo vínculo entre el año 2001 hasta marzo de 2015, asimismo, si hay lugar a reliquidar los aportes a pensión conforme a lo impugnado.

Sustitución patronal

En el caso *sub examine*, no es materia de controversia lo correspondiente a la prestación de servicios del actor a favor de las demandadas y donde el extremo pasivo no logró derruir la presunción que tenía a su cargo.

No obstante lo anterior, recurre el demandante lo correspondiente a la sustitución patronal, indicando que el señor PEDRO PABLO HERRERA desde el año 2001 hasta el 2015, siempre actuó como empleador dándole órdenes a través de la familia y en la que se dedicó a crear empresas con

idéntico objeto social pero con la misma dirección de notificación, a efectos de evadir lo correspondiente a las acreencias laborales a su cargo.

En este punto es importante precisar, que la sustitución de patronos o empleadores fue introducida inicialmente al ordenamiento jurídico a través del artículo 27 del Decreto Reglamentario 652 de 1935 (Ley 10 de 1934) y estableció: “ (...) *Para los efectos de la ley que se reglamenta, se considerara como una misma empresa la que haya conservado en sus líneas generales el mismo giro de negocios u ocupaciones, con las variaciones naturales del progreso, ensanche o disminución, aun cuando hubiere cambiado de nombre, patrono o dueños (...)*”. Posteriormente, mediante el Decreto Ley 2350 de 1944, estableció que el contrato de trabajo no se extinguía por el cambio de un empleador a otro: “(...) *Artículo 11. (...) La sola sustitución del patrono no extingue el contrato de trabajo. El sustituido responderá solidariamente con el sustituto, durante el año siguiente a la sustitución, por todas las obligaciones anteriores (...)*”.

Finalmente, el artículo 67 y 68 del Código Sustantivo del Trabajo, establece: “(...) *Art. 67. Definición. Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad de establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios (...)* y (...) *Art. 68: (...)“La sola sustitución de empleadores no extingue ni modifica los contratos de trabajo existentes (...)*”.

En relación a la literalidad de la norma, ha considerado nuestro órgano de cierre, que de la misma se puede deducir que los requisitos de la sustitución de empleadores son el cambio de titularidad de la empresa, establecimiento o entidad económica, por cualquier causa ya sea cesión, venta, arrendamiento, fusión, etc. Ha señalado también, que es en el contexto de la relación laboral y su continuidad con otro empleador, en el que esta figura tiene pleno sentido o, más bien, en donde se activan sus garantías consistentes en que los términos de los contratos de trabajo no varíen, se mantenga la antigüedad laboral de los trabajadores y la transferencia de empresa no afecte la solvencia de pago de los créditos laborales adquiridos

por el empleador transmitente (SL 4530 del 11 de noviembre de 2020, rad. 82478).

Así mismo, la CSJ Sala de Casación laboral en sentencia **SL 3003 del 5 de agosto de 2020, rad. 46669**, en relación a la sustitución patronal señaló lo siguiente:

“(...) La jurisprudencia de vieja data, verbigracia, en la sentencia CSJ SL de 24 de enero de 1990, No. 3535, siguiendo el texto del artículo 67 precitado, exige lo siguiente para que se produzca la sustitución patronal:

siguiendo el texto del artículo 67 precitado, exige lo siguiente para que se produzca la sustitución patronal:

*Reiteradamente la Corte ha exigido para que se produzca el fenómeno de la sustitución patronal que se reúnan tres condiciones, a saber: **a) el cambio de un patrono por otro; b) la continuidad de la empresa y c) la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo**”. (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Segunda, Sent. ene. 24/90, Rad. 3535. Destaca la Sala (...)).*

Colofón de lo anterior, frente al requisito de la continuidad de la empresa de que trata el artículo 67 del CST, precisa la Sala que el solo cambio de empleador por la ocurrencia de la transferencia del trabajador entre sociedades que tienen el mismo objeto social o se dedican a actividades o negocios similares no se ubica dentro de la sustitución patronal.

*El yerro jurídico de interpretación anotado llevó al juez colegiado a valorar erradamente las pruebas. Si él hubiese partido de la interpretación correcta de la norma en comento, no habría aceptado los acuerdos de «sustitución patronal» celebrados entre las demandadas, la referencia que hizo la accionante al nuevo empleador en la demanda, **ni la similitud en los objetos sociales de las***

empresas, como elementos fácticos suficientes para corroborar la sustitución patronal. Al ad quem le faltó entrar a examinar si se dio el traspaso, por cualquier causa, de un establecimiento o unidad de negocio de una sociedad a otra para poder aplicar los efectos del artículo 67 del CST, ante la no discusión de los otros dos supuestos. O que se tratase de un cambio de régimen de administración de un establecimiento". (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Aunado a lo anterior, ha precisado tanto la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional para que opere la figura jurídica de sustitución de empleadores es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: (i) cambio de empleador, (ii) continuidad de empresa o identidad de establecimiento, y (iii) continuidad en los servicios que presta el trabajador (CSJ SL 3127 de 2021 Rad. 71526 y T 254 de 2018).

Pues bien, en el presente asunto, el Juez de primera instancia, estimó que no había quedado demostrado la existencia de un solo vínculo laboral y como consecuencia la Sustitución Patronal alegada por el actor, contrario a ello, declaró la existencia de 23 vínculos contractuales laborales con cada uno de los demandados dentro de la presente litis, en los términos precisados con antelación.

Así las cosas, como pruebas relevantes, la Sale trae a colación las siguientes:

- Carnets en los que se relacionan como empresa al señor PEDRO HERRERA, con fechas de ingreso 1 de julio de 2009 y otro con fecha válida hasta 12 de diciembre de 2014 (fl. 3 vto).
- Comunicación expedida por Cristofer Calderón en el que le indica la Directora Administrativo y Financiero-Paola Herrera- con fecha 16 de julio de 2009 al demandante que se han demorado los pagos de las dos últimas quincenas (fl. 25).
- Certificación expedida por el señor Pedro Pablo Herrera con fecha 24 de mayo de 2006, en el que certifica que labora desde hace un año, como oficial de obra (fl. 67).

- Certificado de existencia y representación legal de ESTRUCTURAS PEDRO HERRERA Y CIA LTDA y HERRERA RODRIGUEZ PEDRO PABLO, FORMALETAS Y EQUIPOS SAS (fls. 73 a 76)

De igual forma, se allegaron al infolio los **testimonios** del señor **Álvaro García**, por su en el que indicó, que había ingresado a la empresa FORMALETAS Y EQUIPOS en el año 2000 ingresó como ayudante y posteriormente como Oficial hasta el año 2014 cuando sufrió un accidente, agregó que siguió trabajando hasta el año 2017 y que ya se encuentra pensionado, manifestó que cuando ingresó a trabajar ya estaba trabajando el demandante, no sabe hasta cuándo trabajó el demandante, no recuerda el salario, indicó que siempre trabajó ahí en formaletas.

Acotó que quien le pagaba el salario era el señor PEDRO PABLO HERRERA y el encargaba a varias personas para que le dieran ordenes, tenía un horario de 7 am a 4:30 pm y que de ahí en adelante eran horas extras, el sueldo era consignado en Bancolombia y agregó que no sabía si le pagaban al demandante seguridad social y que no sabía cuánto le pagaban de salario.

Indicó que no conocía a CRISTIAN CAMILO PEDRO CASAS pero que sabía que era familiar de PEDRO HERRERA, no tenía ningún vínculo con la empresa, que no conocía a JHON ALEXANDER CASAS GÓMEZ, que el señor CARLOS JULIO GALINDO manejaba el personal en una obra trabajaba con la empresa como jefe encargado, LUIS EDUARDO HERRERA era hermano del señor Pedro Herrera y PEDRO PABLO HERRERA COMPAÑÍA era una empresa que tuvo Pedro Pablo Herrera pero no sabe en qué tiempo laboró el demandante en esa empresa, con relación al despido indicó que escuchó que habían puesto como testigo al actor en favor de PEDRO HERRERA en un proceso y como se negó por eso lo habían despedido y no sabe la fecha del despido porque no estaba en ese momento.

Por su parte, el **deponente Gustavo Ortiz**, manifestó que conocía al demandante desde el año 1998 por que él (deponente) inició en el año 1996, pero no sabe en qué fecha ingresó en el cargo de oficial de construcción, cree que el actor trabajó hasta el año 2017 y el deponente se retiró en el año

2011, los contratos eran verbales con los dueños de la empresa en el que solo allegaban la fotocopia del documento.

Agregó que trabajaron con el demandante desde el año 1998 hasta el año 2011, de lunes a viernes era de 7 am a 4:30 pm, indicó que algunas veces pagaban horas extras y otras no, no sabe si les pagaron o no aportes a seguridad social, con el último sueldo le pagaban la seguridad social, nunca le entregaron el carnet y le entregaban una hoja para ir al médico, que lo habían porque no le pagaban lo que era pero que desconocía el tema del despido, siempre les decían que cambiaban la razón social, pero que el señor Pedro Herrera siempre había sido el “patrono”, él era quien hacía los llamados de atención.

Indicó que siempre fueron compañeros de trabajo, pero que muchas veces lo mandaban a una obra luego a otra, indicó que siempre trabajó con ESTRUCTURAS PEDRO PABLO HERRERA desde 1998 hasta el 2015, que la empresa era la misma era el mismo dueño que lo único que cambiaba era la razón social, nunca suscribieron contrato y hasta cuando el tiempo que lo despidieron o se retiró, y que FORMALETAS Y EQUIPOS no les canceló prestaciones sociales, CRISTHIAN CAMILO CASAS no tuvo nexo laboral sabía que era primo del señor Pedro Herrera, LUIS EDUARDO HERRERA tenía como jefe inmediato y era una persona que dirigía los empleados, el contrato se hacía directamente con el señor Pablo Herrera.

Conforme al acervo probatorio obrante en el expediente, más exactamente del certificado expedido por la EPS Cafesalud (fls. 100 a 104) se tiene que le primer vínculo contractual laboral se dio para el 9 septiembre de 2001 con ESTRUCTURA PABLO HERRERA Y CIA representante legal PEDRO PABLO HERRERA en cuyo objeto social consignó “(...) la sociedad tendrá por objeto principal la construcción de edificios, casas y relacionados con construcción”, el siguiente vinculo es con la persona natural PEDRO PABLO HERRERA quien registra como propietario del establecimiento de comercio “ESTRUCTURAS PEDRO HERRERA ANDAMIOS” (fl. 75) y el siguiente empleador es el demandado persona natural -LUIS ERNESTO HERRERA- (fl. 77) y simultáneamente con PEDRO PABLO HERRERA, posteriormente con las personas naturales LUIS EDUARDO HERRERA, FABIO ANTONIO

CAMARGO BAYONA (fl. 78), CALDERON CUELLAR CRISTOFER (fl. 79), GALINDO CEPEDA CARLOS JULIO (fl. 80) y FORMALETAS Y EQUIPOS S.A.S cuyo objeto social registra “(...) *construcción de edificaciones en general, proyectos y diseños (...)*” (fls. 81 a 83).

No obstante lo anterior, la Sala considera sin mayores dubitaciones, que el actor no cumplió a cabalidad en demostrar los requisitos de la sustitución patronal que aquí reclama, pues si bien se declararon 23 vínculos contractuales laborales con 9 personas naturales y jurídicas diferentes, lo cierto es que no se probó que entre cada cambio de empleador prevaleciera la identidad del establecimiento en donde prestaba sus servicios, así como la continuidad del giro ordinario del negocio de la empresa, situación propia de esta figura, en primer lugar, porque si bien se allegaron los certificados de cámara y comercio de algunas de las personas naturales aquí demandadas, no se logra extraer cuales eran sus objetos sociales para encontrar identidad en los mismos y aunque los testigos de los señores García y Ortiz hayan indicado que siempre prestaron las labores para el mismo empleador PABLO HERRERA a través de una u otra empresa, atendiendo que este siempre cambiaba de razón social, situación fáctica que ratificó el demandante en los motivos de disenso, lo cierto es que lo manifestado no coincide con las documentales aportadas, ya que en el presente asunto fueron solo dos las personas jurídicas demandadas y de las cuales solo una de ellas - ESTRUCTURA PABLO HERRERA Y CIA- registra como representante legal el señor PEDRO PABLO HERRERA y aunado a ello, en los periodos laborados entre ESTRUCTURA PABLO HERRERA Y CIA y-FORMALETAS y EQUIPOS -no existe continuidad en la labor desarrollada pues estas son las que registran con objetos sociales similares.

De igual forma no puede pasar por alto la Sala, que el testigo Gustavo Ortiz indicó que los enviaban siempre junto con el demandante de una obra a otra y así sucesivamente, por lo que es claro que el demandante no siempre prestó sus servicios personales en el mismo lugar y contrario a ello, lo que se demostró era que lo contrataban laboralmente de forma autónoma, conforme lo declaró el Juez de primera instancia, pues independientemente que se tratara de un negocio familiar en los términos precisados al unísono por los testigos así como en el recurso de apelación interpuesto, por ese solo

hecho, no se puede concluir que las obras para las cuales prestaban sus servicios, para el caso en particular –el actor- perteneciera a una sola persona –*natural o jurídica*-; prueba de ello el documento que milita a folio 25 del expediente, donde el empleador CRISTOFER CALDERON a través de su Directora Administrativa y Financiera -Paola Herrera- le pone en conocimiento una –*demora en pagos*- sin que se evidencie en el mismo que se haya utilizado papelería del señor PEDRO PABLO HERRERA o ESTRUCTURAS PABLO HERRERA o FORMALETAS Y EQUIPOS.

Por lo anterior y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se confirmará la decisión del *a quo* frente a este tópico.

Reliquidación de aportes pensionales.

Otro de los puntos de disenso fue lo correspondiente a que se haya realizado las cotizaciones al sistema de seguridad social sobre el salario mínimo, cuando el actor había devengado mucho más , situación había quedado plenamente demostrada dentro del plenario y que el señor PEDRO PABLO HERRERA defraudaba el sistema al no reportar el rubro realmente devengado por el actor.

Conforme a lo anterior, precisa la Sala, que presuntamente lo que pretendía el demandante era que se realizara un cálculo del salario promedio de lo devengado conforme a la documental que milita a folios 26 a 60 del expediente y que corresponden a los extractos bancarios de Conavi y Bancolombia respectivamente, así como lo manifestado por los testigos en los que afirmaron que cuando se extendían las jornadas laborales se le pagaba lo correspondiente a horas extras, no obstante dicha situación no tiene vocación de prosperidad, pues esto no fue materia de debate dentro de la presente Litis, tal y como se extrae tanto los hechos como de las pretensiones contenidas en el libelo introductor, pues nada se cuestionó con relación a los emolumentos económicos pactados, esto es no existe una relación detallada de lo pagado y de lo que debió pagarse y sin que se solicitara se incluyera algún rubro de manera puntual y específica en las condenas solicitadas.

Al respecto, resulta oportuno traer a colación de la sentencia CSJ SL13706 -2016, que establece entre otros, que el actor que pretende el pago o reliquidación de salarios, de prestaciones sociales o aportes pensionales como en el presente asunto, le compete esgrimirle a la contraparte, en la demanda inicial, qué conceptos no le incluyó al momento de liquidarlas o el rubro que considera liquidado de manera errada, para que la pasiva sepa qué debe probar y así brindarle al juzgador la posibilidad de realizar las operaciones aritméticas pertinentes para establecer si en efecto hubo deficiencia o no en el reconocimiento de las prestaciones reclamadas, advirtiendo adicionalmente *“(...) en el planteamiento de la demanda inaugural que en ese momento se estudiaba, se echó de menos, entre otras cosas, las cifras o parangones entre lo pagado por la accionada frente a lo que ha debido ser, destacando el deber procesal de la parte actora de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad, resaltando que las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora (...)”*.

Así mismo, en la sentencia SL9318 -2016, en la cual se advirtió que en el planteamiento de la demanda inaugural que en ese momento se estudiaba, se echó de menos, entre otras cosas, las cifras o parangones entre lo pagado por la accionada frente a lo que ha debido ser, destacando el deber procesal de la parte demandante de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad, resaltando que las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora.

Así las cosas y sin que se requiera realizar consideraciones adicionales, se **CONFIRMARÁ**, la decisión proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

COSTAS:

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

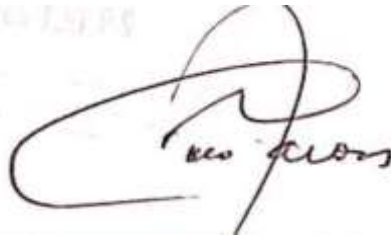
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

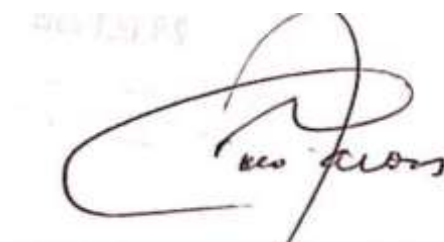


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de CARLOS ARMANDO SOLANO HIDALGO, la suma de \$300.000 pesos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Barón', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210093501

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR VC ELÉCTRICOS
CONSTRUCCIONES SAS CONTRA DE MEDIMAS EPS Y OTRO

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 4 de mayo de 2020 (fls. 27 a 29).

ANTECEDENTES

VÍCTOR JULIO CARVAJAL RINCÓN en calidad de representante legal de la empresa VC ELÉCTRICOS CONSTRUCCIONES SAS acude a la presente acción¹ a efectos de que se condene a CAFESALUD EPS, al reconocimiento y pago de la licencia paternidad del trabajador FERNANDO MARTÍNEZ SANABRIA.

¹ Folio 1a 2

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210093501

Fundamenta sus pretensiones en que el trabajador FERNANDO MARTÍNEZ SANABRIA gozó de licencia de paternidad de 14 días, teniendo como fecha inicial el 16 de junio de 2017 y fecha final el 29 de junio de 2017, que los días fueron pagados en su momento por la empresa y que la EPS no los ha cancelado, que no se ha podido contactar la entidad para que informe el avance del proceso.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS contesta señalando frente a los hechos expuestos que la licencia de paternidad del señor FERNANDO MARTÍNEZ SANABRIA fue reconocida y liquidada, pero que está imposibilitada para realizar su pago, teniendo en cuenta que el Banco de Bogotá tiene congelada la cuenta maestra de CAFESALUD EPS, desde la cual se realizan los giros y pagos de las prestaciones económicas, por un embargo judicial. Señala que, de acuerdo a lo informado por el área de prestaciones económicas, la licencia de paternidad se reconoció y liquidó con un valor de \$332.878 y que el pago de la licencia se efectuará una vez que el Banco de Bogotá descongele la cuenta maestra de CAFESALUD EPS.

MEDIMAS EPS contesta proponiendo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, indicando que la licencia de paternidad reclamada fue causada con anterioridad al 1° de agosto de 2017 y debe ser radicada ante CAFESALUD EPS, entidad que es la única responsable de pronunciarse sobre la procedibilidad del pago, pues fue quien ejerció el aseguramiento hasta el 31 de julio de 2017.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210093501

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 4 de mayo de 2020 (fls. 27 a 29), **accedió** a las pretensiones de la demanda ordenando a CAFESALUD EPS a pagar la suma de \$332.878 con las actualizaciones monetarias correspondientes a favor de la sociedad VC ELÉCTRICOS CONSTRUCCIONES S.A.S y **absolvió** a MEDIMAS EPS de las pretensiones de la demanda interpuesta por la sociedad VC ELÉCTRICOS CONSTRUCCIONES S.A.S.

Como sustento a su decisión estableció que no existe controversia a dirimir frente al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la licencia de paternidad, teniendo en cuenta que CAFESALUD EPS manifestó haber reconocido y liquidado la licencia expedida a favor del señor FERNANDO MARTÍNEZ SANABRIA entre el 16 de junio de 2017 al 29 de junio de 2017, por un término de 14 días, observando el despacho que CAFESALUD EPS se allanó a los hechos y pretensiones de la demanda generando con ello la decisión de absolver a MEDIMAS EPS respecto de las pretensiones objeto de estudio.

Pasó seguido, hizo pronunciamiento frente a la situación jurídica y administrativa de CAFESALUD EPS, indicando que mediante Resolución 007172 del 22 de julio de 2019, se ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, así como la intervención forzosa administrativa para efectos de liquidar a CAFESALUD EPS. En ese sentido la toma de posesión para liquidar conlleva la suspensión de los procesos de ejecución en curso, la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad por razón de obligaciones anteriores a dicha medida y se establece la cancelación de los embargos decretados con anterioridad a la toma de posesión que afecten bienes de la entidad.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210093501

Puntualiza el despacho que al haberse decretado la toma de posesión inmediata para liquidar, el agente liquidador tiene el deber de velar por el levantamiento de las medidas cautelares con el fin de garantizar el cubrimiento de las acreencias que sean reconocidas a partir del proceso liquidatorio; lo que supone que a partir de la Resolución 007172 del 22 de julio de 2019, CAFESALUD EPS HOY EN LIQUIDACIÓN debió ejercer las acciones tendientes al levantamiento de las medidas cautelares, y por ello, no son de recibo los argumentos expuestos por parte de la entidad, pues el hecho de que tenga sus cuentas embargadas no excluye a la EPS de la obligación de pago frente a las prestaciones económicas a su cargo, más cuando la misma ya se encuentra reconocida y liquidada por la misma demandada. Además, si bien para el momento de la contestación de la demanda las cuentas de la entidad estaban embargadas, es responsabilidad del ente asegurador velar por el cumplimiento de las obligaciones adquiridas y realizar todas las acciones tendientes no solo, al reconocimiento y liquidación sino a la materialización del derecho.

Respecto a la licencia de paternidad, menciona el despacho que los recursos con los que se cancelan las licencias de paternidad son administrados por el ADRES y no por la EPS; y su liberación para pago surge a partir de la existencia de la acción que genera el derecho (nacimiento, parto) así como del cumplimiento de los requisitos legales. Así las cosas, reitera que no tiene asidero jurídico la negación del pago de la prestación económica bajo el argumento de la presunta congelación de las cuentas, ya que la EPS tiene el deber de velar porque la ejecución de los recursos sea conforme a lo que la Ley dispuso frente a su destinación.

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación (fls. 35 a 36) señalando que la licencia de paternidad se encuentra liquidada y aprobada

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210093501

para pago por valor de \$332.878; y se encuentra pendiente de pago y que para que el mismo se pueda realizar el demandante debe presentar la acreencia ante la liquidación de CAFESALUD para que su pago se haga en el marco de la normatividad legal aplicable al proceso liquidatorio.

Teniendo en cuenta lo anterior, fueron publicados dos avisos emplazatorios en medios de amplia circulación, los días 13 y 28 de agosto del 2019 para que las personas que se consideraran con derecho a formular reclamaciones, realizaran la reclamación de sus créditos, con prueba siquiera sumaria de los mismos, de manera oportuna entre el 29 de agosto y 30 de septiembre de 2019.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a resolverse en el presente asunto, consiste en establecer si el demandante debe hacerse parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 y Decreto 1333 de 2018.

Vinculación de la parte actora al proceso de liquidación de CAFESALUD EPS

Al respecto, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., el régimen jurídico

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210093501

aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

«a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210093501

criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210093501

derecho en el proceso de liquidación. Por lo tanto, esta Corporación no es la llamada a ordenar a la parte actora hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de las incapacidades, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte interesada, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 4 de mayo de 2020, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210093501

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210098201

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR LUIS ALFONSO FERRERIA
DÍAZ CONTRA FAMISANAR EPS**

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 18 de JUNIO de 2020 (fls. 25 a 33).

ANTECEDENTES

LUIS ALFONSO FERREIRA DÍAZ acude a la presente acción¹ a efectos de que se condene a la EPS FAMISANAR el reconocimiento económico de \$150.000, por gastos derivados de endodoncia realizada en el Consultorio Odontológico de la doctora Lisbeth Cubillo el 4 de diciembre de 2017.

¹ Folio 1 a 17

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210098201

Fundamenta sus pretensiones señalando que ante un intenso dolor de muela que tuvo el día 18 de noviembre de 2017, debió asistir a una atención prioritaria en la Clínica El LAGO, en donde se le extrajo la pulpa del diente, remitiéndose a la Clínica Infantil de Colsubsidio para que se continuará con el tratamiento, que en dicha institución le informaron que no había agenda para programar la cita y que volviera en diciembre para ver disponibilidad, por lo que radicó derecho de petición solicitando el agendamiento de una cita, asignándose la misma para el día 12 de enero del 2018, que frente a esa circunstancia y el dolor permanente que lo aquejaba, acudió a una odontóloga particular quien le realizó la endodoncia del diente 47 en dos sesiones (22 y 25 de noviembre de 2017) por un valor de \$150.000 pesos, que el 4 de diciembre del 2017, solicitó ante la EPS FAMISANAR el reembolso de la plata, que el 14 de diciembre la EPS le solicita una documentación la cual allega el 28 de diciembre y finalmente, la EPS FAMISANAR le niega el reembolso aduciendo que la solicitud fue extemporánea.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FAMISANAR EPS contestó manifestando que la EPS le ha generado 10 autorizaciones teniendo en cuenta su estado de salud, garantizándole el acceso al servicio de salud, indica que no es cierto que la EPS se negó a reembolsar el dinero reclamado, que debe tenerse en cuenta que mediante escrito del 14 de diciembre de 2017, se le informó al demandante que debía allegar todos los documentos requeridos para la revisión de caso y de la revisión de dichos documentos se pudo apreciar que los mismos se allegaron de manera extemporánea, es decir, el afiliado no tuvo en cuenta el término que trata la resolución 5261 de 1994, observándose de la historia clínica que fue dado de alta el 22 de noviembre de 2017, por ende, el término para realizar el recobro de la suma pretendida feneció el 15 de

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210098201

diciembre de 2017 y el recobro fue radicado el 20 de diciembre de 2017, es decir, 3 días después de la fecha límite. Propuso como excepciones de fondo no procedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular, por no cumplimiento de los requisitos de Ley (CD fl.24).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 18 de junio de 2020 (fls. 25 a 33), **accedió** a las pretensiones de la demanda. En consecuencia, ordenó a FAMISANAR EPS reconocer y pagar a favor del señor LUIS ALFONSO FERREIRA DÍAZ la suma de \$150.000, en el término de 5 días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Como sustento a su decisión estableció que verificado, analizado y valorado el material probatorio obrante dentro del plenario, se tenía que el día 18 de noviembre de 2017, el señor LUIS ALFONSO FERREIRA DÍAZ se encontraba efectivamente afiliado al SGSSS a través de FAMISANAR EPS, que ingresó a la CLÍNICA EL LAGO en donde le extrajeron la pulpa del diente y que posteriormente, fue remitido a la Clínica Infantil Colsubsidio donde le informaron que no tenían agenda disponible para cita odontológica, por lo que interpuso un derecho de petición a FAMISANAR EPS la cual respondió que contaba con disponibilidad para el 12 de enero de 2018, ante el dolor, acudió a una odontóloga particular quien le realizó la endodoncia del diente 47, asumiendo el costo como paciente particular.

Señala el despacho que el anexo 2 de la Resolución 6408 de 2016, código 23.7.3 vigente para la época de los hechos, incluye financiados en el Plan

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210098201

de Beneficios en Salud con cobertura de la UPC “*Las terapias de conductos radiculares o endodoncias*” y tal como se desprende de la historia clínica y la valoración de la documental médica, era evidente que la situación del señor LUIS ALFONSO FERREIRA DÍAZ constituía una urgencia odontológica y como tal no es necesario que la IPS particular tenga que solicitar autorización o permiso a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente, ya que la IPS que preste servicios de salud está en la obligación de atender a la población que acuda ante una alteración de la integridad física. Que la EPS FAMISANAR fundamentaba su defensa en que había generado 10 autorizaciones a favor del actor, lo cual no corresponde a la realidad, en tanto, no prueba que al paciente se le haya autorizado la cita odontológica para la realización de la endodoncia requerida, a pesar de mediar un derecho de petición que lo llevó a acudir al servicio odontológico particular para calmar el dolor que lo aquejaba, en tal sentido resultaba claro que FAMISANAR EPS debe asumir sus obligaciones como entidad Administradora del Plan de Beneficios sin limitar el acceso a dicho plan.

Respecto al argumento expuesto por FAMISANAR EPS en relación a la extemporaneidad en la presentación de la solicitud para el reconocimiento del reembolso, adujo el sentenciador que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional la reclamación consignado en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, no puede entenderse de ninguna manera como un término prescriptivo de la obligación que tiene la aseguradora de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud, el plazo en mención corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la propia entidad, razón por la cual el efecto del vencimiento del mismo no puede tener como consecuencia la pérdida del usuario a obtener el reembolso, es decir, que el hecho de que el afiliado no presente

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210098201

su solicitud de reembolso ante la EPS no quiere decir que no pueda solicitarlo ante el órgano judicial o entidades jurisdiccionales como en el presente caso, por lo que la excepción propuesta por la EPS no estaba llamada a prosperar, procediendo acceder a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La **EPS FAMISANAR** interpuso recurso de apelación (fl. 38), insistiendo que la EPS le ha generado 10 autorizaciones al demandante, por lo que, no ha existido negación de los servicios de salud. Arguye que no es cierto que se le haya negado el reembolso al señor FERREIRA RUIZ ya que en escrito del 14 de diciembre del 2017, se le informó al usuario que debía allegar todos los documentos requeridos para la revisión del caso, de lo cual se concluyó que los mismo fueron radicados de forma extemporánea desconociéndose el término de que trata la Resolución 5261 de 1994, indica que en la historia clínica que se aporta, el demandante es dado de alta el 22 de noviembre de 2017 y que por ende, el término para realizar el recobro de la suma pretendida feneció el 15 de diciembre de 2017, sin embargo, el formulario de recobro fue radicado hasta el 20 de diciembre de 2017, tres días después de la fecha límite. Agrega, que el reembolso no es procedente porque FAMISANAR EPS autorizó en tiempo los servicios y procedimientos, que el usuario decidió abandonar el tratamiento anulando las autorizaciones dadas y que es el demandante quien decide asistir de forma particular a un médico.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la EPS FAMISANAR efectivamente autorizó y realizó el procedimiento odontológico que necesitó el demandante. Así

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210098201

mismo, se analizará si la solicitud de reembolso de los gastos médicos que sufrago el actor particularmente, fue presentada de manera extemporánea.

Reembolso de gastos médicos

Previo a resolver los asuntos anteriormente planteados debe resaltarse que no existe controversia respecto de que las terapias de conductos radiculares o endodoncias se encuentran incluidos en el plan de beneficios en salud con cobertura de la UPC, tal y como lo dispone el anexo de la Resolución 6408 de 2016, punto 23.7.3.

Sostiene la parte actora que, ante un intenso dolor de muela, tuvo que acudir a una cita prioritaria en la CLÍNICA DEL LAGO el día 18 de noviembre de 2017, en donde le extrajeron pulpa de la muela afectada y lo direccionaron a la CLÍNICA INFANTIL COLSUBSIDIO para que continuará con el tratamiento, donde le informaron que no tenía agenda y que debía pasar en diciembre para ver cuando había disponibilidad, ante los intensos dolores que padecía y la urgencia en su tratamiento, decidió presentar un derecho de petición ante la EPS, quien le asignó una cita para el 12 de enero de 2018, por lo que, ante el dolor intenso que sentía y la ineficacia por parte de la EPS de no asumir su obligación de prestar el servicio oportuno de salud que requería, se vio en la necesidad de asumir de manera particular el tratamiento.

Como soporte de su dicho presenta el derecho de petición que fue radicado ante FAMISANAR EPS el día 4 de diciembre de 2017, en donde se plasma su situación y el reembolso de los costos del tratamiento, derecho de petición que tuvo respuesta el día 14 de diciembre de 2017, en el cual la entidad le indica los documentos que debe allegar para atender su

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210098201

solicitud, frente a lo cual refiere la parte actora en el recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto ante la entidad del día 23 de enero de 2018 (fl.5), que dichos documentos fueron presentados con la petición del 4 de diciembre de 2017, sin embargo, atendiendo la solicitud dada por la EPS en la respuesta a su derecho de petición procedió a radicarlos nuevamente el 20 de diciembre de 2017, los cuales fueron devueltos por ser radicados fuera de tiempo.

Aporta también, la historia clínica emitida por ODONTOLOGÍA INTEGRAL PARA TODA LA FAMILIA que consta con fecha de consulta 22 de noviembre de 2017, en examen clínico aparece *“paciente asiste con dolor del diente 47 constante”* (fl.13), de dicha documental claramente se intuye que efectivamente el tratamiento que necesitaba el afiliado era prioritaria, pues presentaba un dolor intenso, tanto así, que no pudo esperar hasta la cita programada por la EPS, quien al conocer su caso en la cita prioritaria al que él asistió, debió haberle asignado el tratamiento prontamente, lo cual no hizo, viéndose el actor en la necesidad de buscar solución a su padecimiento de manera particular, teniendo que asumir dichos gastos, por lo que, no resulta dable indicar que fue un abandono del tratamiento como de manera equivocada lo señala la EPS, pues claramente la espera a la cita programada podía haberle ocasionado problemas aún más graves que las que padecía.

Ahora, en cuanto a las 10 autorizaciones que le fueron generadas, revisado el Excel adjunto en la contestación a la demanda, ninguna de estas corresponde al tratamiento que necesito el actor como consecuencia de la cita prioritaria que tuvo lugar el día 18 de noviembre de 2017, como bien se puede ver del cuadro anexo por la entidad:

FECHA	No. AUTORIZACIÓN	IPS	DESCRIPCIÓN



Sala Laboral		SUMARIO EXP. 11001220500020210098201	
12/11/2017 11:01:11	33697296	CLINICA ODONTOLOGICA PROTECCION ORAL LTDA - SUBA	ATENCION ODONTOLOGICA
26/08/2016 11:17:32	27160520	RTS SUCURSAL CARDIOINFANTIL	CONSULTA MEDICA
16/06/2016 11:04:12	26180301	IDIME S.A. SEDE NORTE	APOYO DIAGNOSTICO AMBULATORIO
24/05/2016 07:02:03	25847850	CLINICOS PROGRAMAS DE ATENCION INTEGRAL SAS - MARLY	CONSULTA MEDICA
07/04/2016 13:32:19	25181530	JEMARZ S.A.S	CONSULTA MEDICA
21/02/2016 07:05:52	24577159	FUNDACION SAINT	APOYO DIAGNOSTICO AMBULATORIO
11/07/2015 15:24:18	21695128	CLINICA ODONTOLOGICA PROTECCION ORAL LTDA - SUBA	ATENCION ODONTOLOGICA

Finalmente, en lo que respecta forma extemporaneidad del reembolso de acuerdo a lo establecido en la Resolución 5261 de 1994, esta Sala de decisión comparte las razones jurídicas consignadas por el *a quo*, pues en efecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha razonado en que el plazo contemplado en dicha resolución no puede considerarse como un término prescriptivo como lo precisó en sentencia T-594 de 2007, en donde dijo:

“La vulneración de los derechos del actor se torna más gravosa por cuanto la entidad accionada negó el reconocimiento de dicha prestación con fundamento en el incumplimiento de un requisito meramente formal, cual es el hecho de que la reclamación fue presentada de forma extemporánea, esto es, vencido el término establecido en el numeral 6.1.7 de la Resolución 2475 de 2004, proferida por el Instituto de Seguros Sociales, según el cual los afiliados cuentan con un plazo de sesenta (60) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la referencia del paciente en casos de urgencia, para formular la solicitud de reembolso. Sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ninguna manera como un término prescriptivo de la obligación que tiene el I.S.S. de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo en mención corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la propia entidad,

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210098201

razón por la cual el vencimiento del mismo no puede de manera alguna tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le asisten”.

Así las cosas, las razones que fundamentó la entidad accionada para negar el reembolso solicitado no resultan acertadas, por lo tanto, se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 18 de junio de 2020, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210098201

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández'.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in brown ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210099901

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR NINY JOHANA SIERRA SILVA
CONTRA FAMISANAR EPS**

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 12 de JUNIO de 2020 (fls. 9 a 14).

ANTECEDENTES

NINY JOHANA SIERRA SILVA acude a la presente acción¹ a efectos de que se condene a la EPS FAMISANAR al reconocimiento económico y/o reintegro de dinero por la suma de \$481.000, por gastos derivados de la compra de medicamentos NO POS Misoprostol 200 mcg tabletas y Sulamp 375 mg.

Fundamenta sus pretensiones en que el día 14 de noviembre de 2017, fue hospitalizada en la Clínica Materno Infantil San Luis, por los

¹ Folio 2 a 13

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210099901

diagnósticos de aborto retenido y amenaza de aborto, en donde se le ordenó una incapacidad de una semana y una ecografía-ultrasonografía obstétrica transvaginal, que el día 21 de septiembre de 2017 fue hospitalizada nuevamente por con el diagnósticos de aborto espontáneo: incompleto, SIN Complicación y amenaza de aborto en donde se le recetó entre otros medicamentos; Misoprostol de 200mcg tabletas a fin de concluir con el aborto, que el día 21 de noviembre del 2017, acude a la EPS FAMISANAR para que se le autorice los medicamentos y se transcriba la incapacidad medica ordenada, oportunidad en la cual se le informa que dicho medicamento es NO POS y que debía diligenciar un formato para que fuera autorizado, trámite que tenía una demora de una semana o más, que de acuerdo con el diagnóstico e indicaciones médicas se debía tomar los medicamentos lo antes posible por lo que procedió a comprarlos con sus propios recursos en razón a que su salud se encontraba en riesgo y no podía esperar a que la EPS FAMISANAR le otorgara o suministrara los medicamentos, que opta por no hacer el trámite de autorización teniendo en cuenta la respuesta de la EPS FAMISANAR respecto del tiempo en que se demoraría la autorización, que el día 28 de noviembre de 2017, fue atendida en urgencias en la Clínica Materno Infantil San Luis por aborto incompleto donde se indica *“paciente manejada con Misoprostol por aborto espontáneo hace una semana, acude con ecografía de control que reporta aborto incompleto, persiste con dolor hipogastrio y pélvico. Adicionalmente cefalea”*, ordenándose nuevamente Misoprostol de 200mcg tabletas, que ante la nueva prescripción del medicamento y al tener conocimiento que dicho medicamento no lo entregaba la EPS FAMISANAR de forma inmediata por la demora en la expedición de la autorización, procedió a adquirir el medicamento bajo su propio pecunio, el 1° de diciembre de 2017 se le practicó ambulatoriamente un legrado obstétrico por aborto incompleto tal como se evidencia en la epicrisis emitida por la Clínica Materno Infantil San Luis y se le ordena Sulamp de 375 mg cada 12 horas

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210099901

por 7 días, que la salida de la Clínica fue dada a las 9:44 pm no pudiendo acudir a la EPS FAMISANAR a realizar los trámites para la entrega de dicho medicamento, por la inmediatez en la toma del medicamento y por tener que guardar reposo en cumplimiento de las indicaciones médicas procedió a comprar el medicamento referido, que el 11 de diciembre de 2017, solicitó el reembolso ante la EPS FAMISANAR, quien mediante comunicación del 3 de enero de 2018, no accedió a la solicitud de reembolso con base en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FAMISANAR EPS contesta señalando frente a los hechos expuestos que la EPS generó las autorizaciones y le prestó a la accionante los servicios en salud previstos en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, que respecto a los medicamentos se trata de aquellos NO POS y que no aparece diligenciado el formato MIPRES, incumpléndose con lo previsto en el Decreto 3951 de 2016, además de que la solicitud del reembolso fue extemporánea. Propuso como excepción de fondo la no procedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular por no cumplimiento de los requisitos de ley.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 12 de junio de 2020 (fls. 9 a 14), **accedió** a las pretensiones de la demanda, ordenando a FAMISANAR EPS a reconocer y pagar a favor de la señora NINI JOHANA SIERRA SILVA la suma de \$481.500, en el término de 5 días, contados a partir de la ejecutoria de la providencia.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210099901

Como sustento a su decisión estableció que se trata de una usuaria afiliada a FAMISANAR EPS con diagnóstico de ABORTO RETENIDO que tuvo varios ingresos a la IPS CLÍNICA MATERNO INFANTIL DE SAN LUIS y que el médico tratante le prescribe, entre otros; medicamentos MISOPROSTOL y SULAMP DUO los cuales adquirió la usuaria de su propio pecunio. Refiere el despacho que las Resoluciones 3951 de 2016, 1885 de 2018 y 2438 de 2018, establecieron los procedimientos para el reporte de prescripciones y el suministro de los denominados servicios o tecnologías complementarias, es decir, un servicio que si bien, no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad, en ese sentido el reporte de las prescripciones de servicios y tecnologías no cubiertas en el Plan de Beneficios en Salud está a cargo del profesional en la salud a través de la herramienta tecnológica mí Prescripción MIPRES, que es el aplicativo dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Por consiguiente, no resultan acertados los argumentos de la EPS para dejar de cumplir con su deber de aseguramiento en salud, otorgándole la responsabilidad al usuario del diligenciamiento de la plataforma MIPRES, pues dicha obligación recae en el médico de la IPS adscrito a la red de la EPS, no siendo de recibo que los yerros efectuados por ellos deban ser asumidos por los usuarios que han confiado el cuidado de su salud a la EPS mediante el diligenciamiento de los formatos de afiliación y registro de novedades.

En cuando a la extemporaneidad en la solicitud de reembolso, el *a quo* trae a colación lo indicado por la Corte Constitucional en sentencias T-594 de 2007 y T-650 de 2011, para señalar que el plazo establecido en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, no puede entenderse como un término

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210099901

prescriptivo de la obligación que tiene la aseguradora de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la EPS, el plazo en mención se refiere simplemente al término con que se cuenta para adelantar el trámite administrativo ante la propia entidad, su vencimiento no puede traer como consecuencia la pérdida del usuario para pedir el reembolso.

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación (fls. 19 a 20) señalando que a la señora SIERRA SILVA se le han generado las correspondientes autorizaciones de acuerdo a su patología y que la EPS FAMISANAR no hizo negación de los medicamentos, sino que al ser éstos NO POS no se evidencia el diligenciamiento del formato MIPRES, señala que verificado el aplicativo por parte de la EPS se avizora que la IPS no siguió la ruta de solicitud de servicios ni autorizaciones según lo establece la EPS y además omitió la normatividad legal vigente en cuanto a la prescripción en el aplicativo MIPRES. Agrega, que el reembolso no es procedente teniendo en cuenta que la reclamante no ejerce el derecho a recobrar como lo señala el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, por lo que solicita se revoque el fallo del 12 de junio de 2020 y se desestime la petición de la solicitante.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la EPS FAMISANAR efectivamente autorizó y realizó el procedimiento odontológico que necesitó el demandante. Así mismo, se analizará si la solicitud de reembolso de los gastos médicos que sufrago el actor particularmente, fue presentada de manera extemporánea.

Reembolso de gastos médicos

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210099901

No es materia de controversia que la accionante acudió a la Clínica Materno Infantil San Luis S.A. de la ciudad de Bucaramanga el 21 de noviembre de 2017 con diagnóstico *“aborto espontaneo: incompleto, sin complicaciones- amenaza de aborto”*, en donde se le ordena entre otros, medicamentos MISOPROSTOL 200mg, el 28 de noviembre de 2017, nuevamente acude ante el médico tratante quien aumento la frecuencia de MISOPROSTOL por aborto incompleto, el 1° de diciembre de 2017, se ordena cirugía ambulatoria – procedimiento legrado obstétrico y como toma de medicamentos para su recuperación SULAMP 375 mg, tal como se desprende de la historia clínica adjunta al proceso (CD fl. 8).

En relación a los medicamentos ordenados por el médico tratante, sostiene la EPS demandada que no hizo negación de los mismos, sino que al ser estos NO POS debía haberse diligenciamiento del formato MIPRES, que al verificarse el aplicativo se evidenciaba que la IPS no había seguido la ruta de solicitud de servicios, ni autorizaciones según lo establece la EPS. En miras de resolver la litis planteada, en cuanto a los principios de continuidad, oportunidad e integralidad de los servicios de salud, la Corte Constitucional ha precisado:

“Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad, oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y pro-tección de grupos poblacionales específicos. Para efectos de esta sentencia, la Sala ahondará en los principios de continuidad, oportunidad e integralidad, los cuales resultan relevantes para resolver el asunto objeto de revisión.

*El **principio de continuidad** en el servicio implica que la atención en salud no podrá ser suspendida al paciente, cuando se invocan exclusivamente razones de carácter administrativo. Precisamente, la Corte ha sostenido que “una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no*

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210099901

sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente.”. La importancia de este principio radica, primordialmente, en que permite amparar el inicio, desarrollo y terminación de los tratamientos médicos, lo que se ajusta al criterio de integralidad en la prestación.

*Por su parte, el **principio de oportunidad** se refiere a “que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”. Este principio implica que el paciente debe recibir los medicamentos o cualquier otro servicio médico que requiera a tiempo y en las condiciones que defina el médico tratante, a fin de garantizar la efectividad de los procedimientos médicos.*

*Finalmente, la Ley Estatutaria de Salud, en el artículo 8, se ocupa de manera individual del **principio de integralidad**, cuya garantía también se orienta a asegurar la efectiva prestación del servicio e implica que el sistema debe brindar condiciones de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, paliación y todo aquello necesario para que el individuo goce del nivel más alto de salud o al menos, padezca el menor sufrimiento posible. En virtud de este principio, se entiende que toda persona tiene el derecho a que se garantice su integridad física y mental en todas las facetas, esto es, antes, durante y después de presentar la enfermedad o patología que lo afecta, de manera integral y sin fragmentaciones.*

Del análisis de los referidos principios, se concluye que el suministro de medicamentos constituye una de las principales obligaciones que deben cumplir las entidades promotoras del servicio de salud. De ahí que, a juicio de esta Corporación, dicha obligación deba satisfacerse de manera oportuna y eficiente, de suerte que cuando una EPS no se allana a su cumplimiento, se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del paciente, por cuanto la dilación injustificada en su entrega, generalmente se traduce en que el tratamiento que le fue ordenado se suspende o no se inicia de manera oportuna. Esta situación, en criterio de la Corte, puede conllevar a una afectación irreparable de su condición y a un retroceso en su proceso de recuperación o control de la enfermedad

Desde esta perspectiva, este Tribunal ha insistido en que el suministro tardío o no oportuno de los medicamentos prescritos por el médico tratante desconoce los citados principios de integralidad y continuidad en la

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210099901

prestación del servicio de salud” (T-092/2018) (negrilla y subrayado fuera del texto original).

De otro lado, la alta Corporación también se pronunció respecto de qué debe tenerse en cuenta para ordenarse la provisión de medicamentos, procedimientos y elementos no previstos en el POS con el fin de proteger los derechos fundamentales de los afectados en sentencia **T-760 de 2008**, entre los cuales se encuentran:

“(i) que la falta del servicio o medicina solicitada ponga en riesgo los derechos a la vida e integridad del paciente. Bien sea, porque amenaza su supervivencia o afecta su dignidad; (ii) que el servicio o medicina no pueda ser sustituido por otro que sí está incluido dentro del POS bajo las mismas condiciones de calidad y efectividad; (iii) que el servicio o medicina haya sido ordenado por un médico adscrito a la EPS en la que está inscrito el paciente; y, (iv) que la capacidad económica del paciente, le impida pagar por el servicio o medicina solicitado”.

De acuerdo a la anterior cita jurisprudencial y las patologías que tuvo la accionante, se colige que era necesaria la continuidad del servicio de manera oportuna, pues de no hacerlo, podía deteriorar su estado de salud, no siendo entonces adecuado por parte de la EPS ordenarle a efectuar trámites administrativos para el suministro de los medicamentos ordenados por el médico, más aún cuando dicho trámite estaba en cabeza de la IPS, siendo entonces deber de la entidad accionante suministrar los medicamentos que necesitaba la paciente de manera inmediata sin dilación alguna y no obligarla a realizar papeleos que ponían en gravedad su situación, probándose con ello que en efecto la entidad demandada no actuó de manera correcta, por lo que deberá asumir el reembolso de los valores que tuvo que incurrir la actora.

Finalmente, en lo que respecta forma extemporaneidad del reembolso de acuerdo a lo establecido en la Resolución 5261 de 1994, esta Sala de

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210099901

decisión comparte las razones jurídicas consignadas por el *a quo*, pues en efecto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha razonado en que el plazo contemplado en dicha resolución no puede considerarse como un término prescriptivo como lo precisó en sentencia T-594 de 2007, en donde dijo:

“La vulneración de los derechos del actor se torna más gravosa por cuanto la entidad accionada negó el reconocimiento de dicha prestación con fundamento en el incumplimiento de un requisito meramente formal, cual es el hecho de que la reclamación fue presentada de forma extemporánea, esto es, vencido el término establecido en el numeral 6.1.7 de la Resolución 2475 de 2004, proferida por el Instituto de Seguros Sociales, según el cual los afiliados cuentan con un plazo de sesenta (60) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la referencia del paciente en casos de urgencia, para formular la solicitud de reembolso. Sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ninguna manera como un término prescriptivo de la obligación que tiene el I.S.S. de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo en mención corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la propia entidad, razón por la cual el vencimiento del mismo no puede de manera alguna tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le asisten”.

Así las cosas, las razones que fundamentó la entidad accionada para negar el reembolso solicitado no resultan acertadas, por lo tanto, se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 11001220500020210099901

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 12 de junio de 2020, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101031-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR FLORES UBATE contra CAFESALUD Y MEDIMAS EPS

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionante, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 18 de septiembre de 2020 (fls.17 a 25).

ANTECEDENTES

La empresa **FLORES UBATE** acude a la presente acción a efectos de que se reconozca y pague las incapacidades médicas y licencias de maternidad de alguno de sus trabajadores en la suma de \$23.093.111 (**fl. 5**).

Fundamenta sus pretensiones (fls. 1 a 4), señalando que se han pagado incapacidades por enfermedad común y licencias de maternidad de algunos de sus trabajadores y a pesar de haber sido radicadas ante la EPS aún no han sido canceladas.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101031-01

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por cuanto las prestaciones económicas de 50 de los trabajadores de la empresa se encuentran pagadas y 9 de ellos están liquidadas y aprobadas para pago y se encuentran a cargo de MEDIMAS EPS. Propuso como excepciones de fondo pago total de prestaciones económicas de 50 empleados de la empresa FLORES UBATÉ, licencias de maternidad liquidadas y aprobadas para su pago, incapacidades a cargo de MEDIMAS EPS y genérica **(CD fl.17)**

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 18 de septiembre de 2020 (fls. 17 a 25), **accedió** parcialmente a las pretensiones de la demanda, declaró que respecto de las incapacidades debidamente pagadas por CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN presentan carencia actual de objeto por hecho superado, **ordenó** a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a pagar la suma de \$242.760 con las correspondientes actualizaciones monetarias por concepto de incapacidades laborales No. 2870234, 23770, 3015829, 23456, 23547 y 23948 discriminadas en el anexo 3 del acápite “5.3.3 liquidación de las incapacidades”, dentro de un término de 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Como sustento a su decisión, argumentó el *a quo* que, conforme a lo dicho en la contestación de la demandada, procedió a realizar la validación de la información suministrada evidenciando que efectivamente algunas de las incapacidades reclamadas ya se encontraban canceladas, otras no fueron

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101031-01

relacionadas en libelo introductor y otras prestaban observación “*incapacidades a cargo de MEDIMAS EPS S.A.S*”.

En cuanto a las incapacidades a cargo de MEDIMAS EPS, indicaba CAFESALUD que las mismas fueron reconocidas, liquidadas y aprobadas, sin embargo, debía ser asumidas por dicha entidad en atención a lo ordenado en auto proferido dentro de la acción popular 2500023410002016-031400, para lo cual era preciso indicar que la Superintendencia de Salud a través de resolución 2426 de 2017, aprobó el plan de reorganización institucional presentado por CAFESALUD EPS, en la cual se dio creación a MEDIMAS EPS, sin embargo, en dicha resolución no se contempla la responsabilidad que en materia de prestaciones económicas debía asumir MEDIMAS. Posteriormente, refiere que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera- subsección “A”, en auto del 26 de octubre de 2017, decretó medida cautelar de urgencia, ordenando a MEDIMAS EPS adoptar medidas necesarias tendientes a asegurar el cumplimiento de las disposiciones emanadas por ese Tribunal, pero en sentencia del 10 de abril de 2019, levantó la medida cautelar impuesta, en consecuencia, CAFESALUD EPS es la responsable del pago de las incapacidades que se hubieren expedido antes del 1° de agosto de 2017, por lo tanto, consideró que CAFESALUD EPS es la entidad que le asiste el reconocimiento de las incapacidades pendientes de pago.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionada** interpuso recurso de apelación manifestando que, mediante Decreto 2555 de 2010, fueron publicados dos avisos emplazatorios en medios de comunicación de amplia circulación, los días 13 y 28 de agosto de 2019, a fin de que todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado, que se consideraran con derecho a

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101031-01

formular reclamaciones de cualquier índole contra la entidad realizaran la radicación de sus créditos.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el proceso liquidatorio es un procedimiento reglado, especial y preferente el cual debe velar por la protección del principio de igualdad que debe prevalecer entre los acreedores, solicita se ordene al demandante se haga parte del proceso liquidatorio. Arguye que resulta improcedente el cobro de actualización monetaria, teniendo en cuenta el proceso de liquidación forzosa administrativa en la cual se encuentra CAFESALUD EPS, el cual constituye una fuerza mayor, generando una causal de exoneración de pagar cualquier sanción moratoria, por provenir de un *“acto de autoridad ejercido por funcionario público”*, por lo que, no es jurídicamente aceptable la condena impuesta por concepto de sanciones monetarias como intereses moratorios o la actualización monetaria, al configurarse una fuerza mayor (fls. 32 a 34).

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolverse en el presente asunto, consisten en establecerse si debe ordenarse a la parte actora que se haga parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS y si debe ordenarse que las sumas objeto de condena sean actualizadas al momento de su pago como quedó en la parte resolutive de la sentencia, teniendo en cuenta el proceso administrativo de liquidación forzosa en cual se encuentra la entidad accionada.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 y Decreto 1333 de 2018.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101031-01

Vinculación de la parte actora al proceso de liquidación de CAFESALUD EPS

Al respecto, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101031-01

entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

«a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101031-01

sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación. Por lo tanto, esta Corporación no es la llamada a ordenar a la parte actora hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de las incapacidades, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte interesada, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Actualización monetaria en proceso administrativo de liquidación forzosa

Sostiene la parte demandada que la actualización monetaria impuesta por el *a quo* desconoce que la liquidación forzosa administrativa constituye una fuerza mayor, lo cual representa una causal de exoneración frente a cualquier sanción moratoria.

El artículo 64 del Código Civil contempla el caso fortuito o fuerza mayor como *“el imprevisto que no es posible resistir (...)”*. Así mismo, el artículo 1616 del Código Civil prevé: *“La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”*. De otro lado, sobre el tema el Consejo de Estado – Sección 4°, en sentencia No. 25000-23-27-000-12248-01 del 25 de junio de 1999, señaló:

“No comparte la Sala la apreciación del Tribunal, puesto que como lo sostiene el Ministerio Público, la situación de intervención de la sociedad no puede considerarse configurativa de incumplimiento, ya que en este evento el no pago oportuno de la obligación debida tiene una causa legal derivada del proceso administrativo de liquidación forzosa, circunstancia de fuerza mayor que desvirtúa la situación aparente de mora, por lo que no hay lugar a la sanción

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101031-01

moratoria pretendida por la actora con fundamento en el artículo 634 del Estatuto Tributario.

En efecto, según el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor, el imprevisto a que no es posible resistir, como “los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público” y se define la mora del deudor, según la doctrina y la jurisprudencia, como “el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel”.

De acuerdo con el procedimiento establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el proceso de liquidación forzosa administrativa se inicia con el acto administrativo de toma de posesión expedido por la Superintendencia Bancaria, (art. 292), cuyos efectos son entre otros, la disolución de la institución de la cual se tomó posesión; la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida; la formación de la masa de bienes; la liquidación de su patrimonio; la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida (arts. 116 y 292).

Así las cosas si bien a partir de la providencia administrativa de toma de posesión, las obligaciones de plazo a cargo de la deudora intervenida se convierten automáticamente en exigibles, también lo es que aquella queda impedida legalmente para cumplir con el pago de las acreencias a su cargo, pues la satisfacción de éstas solo será posible en la medida en que se agoten los trámites procedimentales que la ley ordena para el proceso de liquidación forzosa administrativa, trámites que no dependen de la voluntad de la intervenida sino del funcionario liquidador designado para el efecto, quien a partir de la toma de posesión asume la calidad de administrador de los bienes de la sociedad, y a su vez está obligado a cumplir su gestión dentro de los límites legales. Ahora bien según el inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil “la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”, luego si la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria implica la inmediata guarda de los bienes de la intervenida, la separación de sus administradores y su remplazo por el liquidador designado por la autoridad supervisora, es claro que tal medida constituye fuerza mayor a la que no puede resistirse la sociedad objeto de la misma, y esta circunstancia tal como lo declara la norma citada excluye el reconocimiento de intereses moratorios”.

Como bien se puede ver de lo expuesto, dicha exoneración recae únicamente respecto de intereses moratorios, más no frente a las actualizaciones monetarias de las sumas adeudadas, lo cual se compagina con lo dispuesto en la jurisprudencia laboral, en cuanto a que la misma tiene como finalidad la de aminorar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda como consecuencia del paso del tiempo, como así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL359-2021.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101031-01

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 18 de septiembre de 2020, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101031-01

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning and a horizontal line extending to the right.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101061-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR CREZCAMOS S.A. CONTRA CAFESALUD EPS Y OTRO

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 18 de septiembre de 2020 (fls. 455 a 463).

ANTECEDENTES

JAIDER MAURICIO OSORIO SÁNCHEZ en calidad de representante legal de CREZCAMOS S.A. acude a la presente acción¹ a efectos de que se **condene** a la ordene a **CAFESALUD EPS** al reembolso de incapacidades de 23 trabajadores.

Fundamenta sus pretensiones en que radicó ante CAFESALUD EPS carta de solicitud de transcripción y pago de incapacidades y/o cuentas de

¹ Folio 6 a 9

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101061-01

cobro, con el fin de solicitar el reembolso de las prestaciones económicas correspondiente de 23 trabajadores, teniendo en cuenta que fueron canceladas de forma oportuna y a la fecha la EPS no ha dado respuesta efectiva a las solicitudes.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN contestó haciendo una relación del estado de cada una de las incapacidades solicitadas, indicando que alguna de ellas se encuentran reconocidas y liquidadas, sin embargo, el pago de las mismas no se han podido llevar a cabo debido al embargo de las cuentas maestras de la EPS, en cuanto a otras de las incapacidades solicitadas, refirió que las mismas no se encontraban transcritas. Propuso como excepciones de fondo incapacidades reconocidas por CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, incapacidades que no registran en el sistema, no existe prueba del pago realizado por la compañía CREZCAMOS S.A., a sus empleados respecto de las prestaciones económicas solicitadas en la demanda, intervención forzosa para liquidar CAFESALUD EPS y genérica (CD fl. 454).

MEDIMAS EPS contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en el sentido de que no son los legalmente obligados a reconocer y pagar las obligaciones causadas cuando la entidad ni siquiera había iniciado operaciones. Como excepción de fondo propuso falta de legitimación por pasiva.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101061-01

Conciliación, mediante providencia del 18 de septiembre de 2020 (fls. 455 a 463), **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda, ordenó a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor de la sociedad CREZCAMOS S.A. la suma de \$16.345.664, con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia, ordenó a MEDIMAS EPS a pagar a la sociedad CREZCAMOS S.A. la suma de \$1.320.000, con las correspondientes actualizaciones monetarias, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia.

Como sustento a su decisión estableció que se encontraba debidamente probado que los trabajadores relacionados en la demanda están vinculados laboralmente a la empresa CREZCAMOS S.A. y, por lo tanto, afiliados al sistema de seguridad social en salud a través de CAFESALUD EPS en calidad de trabajadores dependientes.

Respecto a las incapacidades reclamadas se tenía que las mismas fueron reconocidas, liquidadas y aprobadas por CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, sin embargo, CAFESALUD EPS señalaba que éstas deben ser asumidas por MEDIMAS EPS, en atención a lo ordenado en auto proferido dentro de la acción popular radicado 2500023410002016-0131400. Por otro lado, MEDIMAS alegaba falta de legitimación en la causa por activa en razón a la fecha de expedición de las incapacidades, que fueron anteriores al 1° de agosto de 2017. Frente a lo cual, la Superintendencia concluye que la medida cautelar impuesta a MEDIMAS EPS fue levantada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera -Subsección A, mediante sentencia del 10 de abril de 2019, por ende, CAFESALUD es responsable del pago de incapacidades que se hayan expedido antes del 1° de agosto de 2017.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101061-01

Agregó que, al haberse decretado la toma de posesión inmediata para liquidar CAFESALUD EPS, su agente liquidador tiene el deber legal de velar por el levantamiento de las medidas cautelares que pesen sobre los bienes de la entidad, ello con el fin de garantizar el cubrimiento de las acreencias que sean reconocidas dentro del proceso liquidatorio, no encontrando justificación en los argumentos esbozados por CAFESALUD a fin de sustraerse de la obligación de pago frente a las obligaciones económicas a su cargo, máxime cuando la misma ya se encuentra reconocida y liquidada.

Sostiene el sentenciador de primera instancia que revisadas las pruebas aportadas se pudo evidenciar que la parte actora no allegó prueba que evidenciara el cumplimiento de pago de algunas de las prestaciones económicas, ordenando su reconocimiento a cargo de las demandadas teniendo en cuenta el periodo de la incapacidad, que corresponde a los trabajadores NIXON YECID CARRERO, SINGRYD ARIAS JAIMES, DARIO ANGARITA CONTRERAS, CLAUDIA JANETH OYUELA, JESSIKA PAOLA LEÓN, HERLY MARIBEL MARQUEZ, KATHERINE REVELO, LUIS ALBERTO RANGEL, HERLY MARIBEL MARQUEZ, WILMER ENRIQUE JULIO VARELA, CAROLINA PABÓN, CARLOS JAVIER CASTRO, MARÍA ISABEL GELVEZ, SANDRA LILIANA MEDINA y YIMER PORTILLO BAYONA.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación (fls. 471 a 474), indicando que procedió a realizar la validación de los pagos de cada una de las prestaciones económicas deprecadas por la parte demandante, encontrando que 5 de los usuarios no se encuentran registradas en el sistema HEON, ni tampoco la parte actora las allega como soporte en la

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101061-01

presentación de la demanda, por lo que CAFESALUD EPS no puede reconocer y pagar incapacidades de las cuales no tiene conocimiento.

De otro lado, refiere que existe pago parcial de la incapacidad de la señora GELVEZ PARADA MARÍA ISABEL por el periodo comprendido del 27/04/2017 al 30/08/2017, por valor de \$177.377. Por último, arguye que existe improcedencia del cobro de actualización monetaria, teniendo en cuenta el proceso de liquidación forzosa administrativa en el cual se encuentra CAFESALUD EPS, el cual constituye fuerza mayor, generando una causal de exoneración de pagar cualquier sanción monetaria, por provenir de un *“acto de autoridad ejercido por funcionario público”*, por lo que no es jurídicamente aceptable la condena impuesta por concepto de sanciones monetarias como intereses moratorios o de la actualización monetaria.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si algunas de las incapacidades solicitadas y que fueron objeto de condena tienen soporte de su expedición y pago por parte del empleador, si se encuentra cancelada parte de la licencia de maternidad de la trabajadora GELVEZ PARADA MARÍA ISABEL y si procede la actualización monetaria de las condenas.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.



Soporte de incapacidades médicas

Refiere la entidad accionada que algunos de los trabajadores de la empresa CREZCAMOS S.A. a quienes se les ordenó el reconocimiento y pago de incapacidades médicas no cuenta con soporte de las mismas, lo cual imposibilita el cumplimiento de lo ordenado, frente a lo cual se procedió a revisar las documentales aportadas al plenario encontrando lo siguiente:

	trabajador	incapacidad	días	Soporte incapacidad
1.	REY CARRERO NIXON YESID	28/07/2017- 30/07/2017	3	fls. 35 a 50 - copia incapacidad -historia clínica -pago nómina con reconocimiento de incapacidad -planilla autoliquidación de aportes
2.	ARIAS JAIMES SINGRYD LICCETH	07/10/2016- 05/11/2016	30	Fls. 63 a 71 -planilla autoliquidación de aportes -copia incapacidad. - pago nómina con reconocimiento de incapacidad
3.	ANGARITA CONTRERAS DAIRO	15/05/2017- 26/05/2017	12	Fls. 84 a 102 -copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
4.	OYUELA RODRÍGUEZ CLAUDIA JANETH	28/06/2017- 02/07/2017	5	-fls. 110 a 124 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
5.	OYUELA RODRÍGUEZ CLAUDIA JANETH	10/07/2017- 12/07/2017	12	-fls. 110 a 124 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
6.	LEÓN BUENAHORA JESSIKA PAOLA	07/07/2017- 18/07/2017	3	Fls. 127 a 132 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
7	MARQUEZ BARAJAS HERLY MARIBEL	11/07/2017- 18/07/2017	8	Fls. 153 a 161 -fls. 110 a 124 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
8	REVELO ORTÍZ KATHERINE	10/07/2017- 19/07/2017	10	Fls. 169 a 177 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral				SUMARIO EXP. 110012205000202101061-01
9	RANGEL CARO LUIS ALBERTO	03/06/2017- 22/06/2017	20	Fls. 183 a 201 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
10	MARQUEZ BARAJAS HERLY MARIBEL	21/07/2017- 28/07/2017	8	Fls. 153 a 161 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
11	JULIO VARELA WILMER ENRIQUE	13/05/2017- 27/05/2017	15	Fls. 208 a 252 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
12	PABÓN SALAZAR CAROLINA	31/10/2016- 14/11/2016	15	Fls. 263 a 272 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
13	CASTRO BELTRÁN CARLOS JAVIER	30/05/2017- 08/06/2017	10	Fls. 273 a 302 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
15	MEDINA CARREÑO SANDRA LILIANA	01/03/2017- 04/07/2017	126	Fls. 413 a 440 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes
16	PORTILLO BAYONA YIMER	06/01/2017- 08/01/2017	3	Fls. 306 a 402 copia incapacidad -historia clínica - pago nómina con reconocimiento de incapacidad - planilla autoliquidación de aportes

Como bien se puede observar de cuadro descrito, la empresa accionante sí aportó los soportes de las incapacidades objeto de reclamo, de manera que no le asiste razón a CAFESALUD EPS en cuanto a que no cuenta con las probanzas de la expedición y pago por parte del empleador de las incapacidades, incluso se observa que CREZCAMOS S.A. presentó solicitud de transcripción y pago de incapacidades ante la entidad el 29 de agosto de 2017, relacionando las documentales anexas de cada uno de los trabajadores, las mismas que se allegaron en libelo demandatorio.

Pago incapacidad por parte de la EPS

En el recurso interpuesto la EPS CAFESALUD adjunta relación de pagos por transferencia detallada por proveedor, por la suma de \$2.496.137 y

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101061-01

\$2.419.771 (fl.475 a 476) a favor de la empresa CREZCAMOS S.A., frente a los cuales manifiesta la EPS que corresponde al pago parcial de la licencia de maternidad de la trabajadora GELVEZ PARADA MARÍA ISABEL, en razón a ello se procedió a correr traslado a la empresa accionante a través de auto de fecha 14 de septiembre de 2021, notificado en el estado del 16 de septiembre del año en curso, vencido el término del mismo, la empresa demandante no hizo pronunciamiento alguno.

Entendiéndose entonces que parte de la obligación objeto de discusión en el presente asunto ya quedó satisfecho, teniendo en cuenta que el Juez de primera instancia liquidó la incapacidad en la suma de \$4.224.000 a cargo de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, valor frente al cual no hubo discusión, por lo que, al descontarse la suma de lo consignado queda un saldo pendiente de \$691.908 a cargo del recurrente.

Actualización monetaria en proceso administrativo de liquidación forzosa

Sostiene la parte demandada que la actualización monetaria impuesta por el *a quo* desconoce que la liquidación forzosa administrativa constituye una fuerza mayor, lo cual representa una causal de exoneración frente a cualquier sanción moratoria.

El artículo 64 del Código Civil contempla el caso fortuito o fuerza mayor como *“el imprevisto que no es posible resistir (...)”*. Así mismo, el artículo 1616 del Código Civil prevé: *“La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”*. De otro lado, sobre el tema el Consejo de Estado – Sección 4°, en sentencia No. 25000-23-27-000-12248-01 del 25 de junio de 1999, señaló:

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101061-01

“No comparte la Sala la apreciación del Tribunal, puesto que como lo sostiene el Ministerio Público, la situación de intervención de la sociedad no puede considerarse configurativa de incumplimiento, ya que en este evento el no pago oportuno de la obligación debida tiene una causa legal derivada del proceso administrativo de liquidación forzosa, circunstancia de fuerza mayor que desvirtúa la situación aparente de mora, por lo que no hay lugar a la sanción moratoria pretendida por la actora con fundamento en el artículo 634 del Estatuto Tributario.

En efecto, según el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor, el imprevisto a que no es posible resistir, como “los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público” y se define la mora del deudor, según la doctrina y la jurisprudencia, como “el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel”.

De acuerdo con el procedimiento establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el proceso de liquidación forzosa administrativa se inicia con el acto administrativo de toma de posesión expedido por la Superintendencia Bancaria, (art. 292), cuyos efectos son entre otros, la disolución de la institución de la cual se tomó posesión; la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida; la formación de la masa de bienes; la liquidación de su patrimonio; la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida (arts. 116 y 292).

Así las cosas si bien a partir de la providencia administrativa de toma de posesión, las obligaciones de plazo a cargo de la deudora intervenida se convierten automáticamente en exigibles, también lo es que aquella queda impedida legalmente para cumplir con el pago de las acreencias a su cargo, pues la satisfacción de éstas solo será posible en la medida en que se agoten los trámites procedimentales que la ley ordena para el proceso de liquidación forzosa administrativa, trámites que no dependen de la voluntad de la intervenida sino del funcionario liquidador designado para el efecto, quien a partir de la toma de posesión asume la calidad de administrador de los bienes de la sociedad, y a su vez está obligado a cumplir su gestión dentro de los límites legales. Ahora bien según el inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil “la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”, luego si la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria implica la inmediata guarda de los bienes de la intervenida, la separación de sus administradores y su remplazo por el liquidador designado por la autoridad supervisora, es claro que tal medida constituye fuerza mayor a la que no puede resistirse la sociedad objeto de la misma, y esta circunstancia tal como lo declara la norma citada excluye el reconocimiento de intereses moratorios”.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, dicha exoneración recae únicamente respecto de intereses moratorios, más no frente a las actualizaciones monetarias de las sumas adeudadas, que tiene como

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101061-01

finalidad la de aminorar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda como consecuencia del paso del tiempo, como así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL359-2021, por lo tanto, no le asiste razón al apelante a lo dicho en el recurso de alzada.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el fallo impugnado, de fecha 18 de septiembre de 2020, proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, en el sentido de **ordenar** a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor de la empresa CREZCAMOS S.A. la suma de \$11.429.756, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

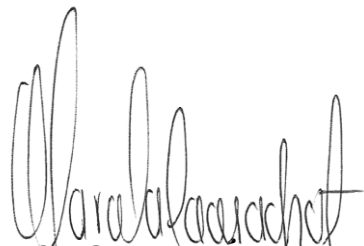
República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101061-01

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernandez'.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101095-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR JEAN PAUL THOUMI CASTILLO
contra CAFESALUD Y MEDIMAS EPS

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionante, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 2 de julio de 2020 (fls.44 a 51).

ANTECEDENTES

El señor **JEAN PAUL THOUMI CASTILLO** acude a la presente acción a efectos de que se le ordene a CAFESALUD EPS el reconocimiento económico de \$2.565.499 por concepto de atención de urgencias, cirugías, hospitalización y exámenes previos **(fl. 3)**

Fundamenta sus pretensiones (fls. 1 a 2), señalando que en el 2017, realizó el último pago quedando a paz y salvo con la EPS CAFESALUD, después de varias visitas a la oficina de esa entidad en la calle 116 en Bogotá, donde siempre hubo incoherencias en las cosas, en las versiones y

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101095-01

en las respuestas que le daban sus asesores, a quienes les pidió en varias ocasiones cancelar su afiliación para cambiar de EPS y siempre se negaban a retirarlo a pesar de llevar años con la misma entidad, sabiendo que por Ley la permanencia obligatoria en una EPS es por un año.

Relata que siempre se quiso retirar, pues nunca estuvo satisfecho como afiliado, por mal servicio y pésima atención. Al cancelar el valor a pagar y quedando a paz y salvo, se dirigió a la EPS SURA donde solicitó afiliarse, pero la respuesta fue que tenían que esperar que CAFESALUD les enviara una carta de autorización para el traspaso, que estando esperando la autorización, el 14 de abril de 2017, empezó a presentar síntomas, un fuerte dolor abdominal y al día siguiente tuvo que ir a la CLÍNICA CARDIO INFANTIL de urgencias y la respuesta fue que no podía atender por medio de CAFESALUD, por lo que tuvo que ir al HOSPITAL DE SUBA donde también le dijeron que no lo podían atender, además que el hospital se encontraba lleno, al día siguiente tuvo que realizarse unos exámenes de sangre en ANALIZAR y luego fue a realizarse una ecografía donde se descartó una apendicitis, pero el dolor siguió por lo que el 20 de abril de 2017, se trasladó al HOSPITAL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ siendo atendido como si no estuviera afiliado a ninguna EPS, donde nuevamente se le realizó una nueva ecografía diagnosticándose una apendicitis, teniendo que realizarse una cirugía de urgencia, el costo de la cirugía, hospitalización y medicamentos fue de \$2.565.499.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN contestó señalando que la solicitud de reembolso por valor de \$2. 565.499 fue aprobada, pero no se ha podido generar el pago debido a que las cuentas para realizar el giro de estas prestaciones económicas se encuentran embargadas judicialmente **(CD fl.27)**

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101095-01

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 2 de julio de 2020 (fls. 44 a 51), **accedió** a la pretensión formulada por el señor JEAN PAUL THOUMI CASTILLA, ordenó a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a reconocerle la suma de \$2.565.499, de acuerdo con el proceso de liquidación forzosa fijado por el Decreto 2555 de 2010.

Como sustento a su decisión, argumentó el *a quo* que, las EPS deben garantizar que el acceso a los servicios de salud cumpla los criterios de calidad, eficiencia, oportunidad, integralidad y continuidad, de no ser así, se transgreden de forma directa los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud. Arguye que como pruebas relevantes arrimadas al plenario se aportó historia clínica en donde se observa que el accionante ingresó por servicios de urgencias y hospitalización en el Hospital Infantil Universitario de San José entre el 20 al 24 de abril de 2017, también se encuentra derecho de petición con solicitud de autorización de traslado de EPS y exposición de inconformidad por irregularidades en la prestación del servicio de salud por parte de CAFESALUD EPS.

Conforme a los anteriores documentales, estableció el Juez de primera instancia que era claro que el cuadro clínico que presentaba el demandante evidenciaba que la EPS no había actuado con la suficiente diligencia al dejar de aplicar un tratamiento oportuno y eficaz para calmar el dolor del paciente, teniendo en cuenta la urgencia de la situación, siendo la EPS traída a juicio la responsable de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud suministrados al paciente. En esa dirección a juicio del Despacho resulta más que comprensible que ante

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101095-01

padecimiento de salud, cuya afectación resultó notoria y de alguna complejidad como de una urgencia, el paciente se vio obligado a asumir los servicios de salud requeridos por el servicio de urgencias, realización de exámenes, diagnósticos, laboratorios, medicamentos y procedimientos quirúrgicos de manera particular por parte de la IPS HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO SAN JOSÉ.

Además, la EPS CAFESALUD informa que la solicitud de reembolso fue aprobada, no obstante, no ha podido generarse el pago debido a que las cuentas para realizar el giro de estas prestaciones se encuentran embargadas judicialmente, lo cual se torna más gravoso ya que dilata el reconocimiento del reembolso solicitado con fundamento en el incumplimiento de un requisito ajeno al paciente, procediendo ordenar al reconocimiento de la prestación económica.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionada** interpuso recurso de apelación reiterando que el reembolso aún se encuentra pendiente de pago por parte de la EPS y que para que se lleve a cabo, el demandante debe presentar la acreencia ante la liquidación de CAFESALUD EPS para que su pago se lleve a cabo en el marco de la normatividad legal aplicable al proceso liquidatorio (fls. 44 a 51).

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos a resolverse en el presente asunto, consisten en establecer si el demandante debe hacerse parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101095-01

lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 y Decreto 1333 de 2018.

Vinculación de la parte actora al proceso de liquidación de CAFESALUD EPS

Al respecto, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101095-01

comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

«a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101095-01

reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación. Por lo tanto, esta Corporación no es la llamada a ordenar a la parte actora hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de las incapacidades, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte interesada, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 2 de julio de 2020, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101095-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101134-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR ACTIVOS S.A.S CONTRA CRUZ
BLANCA EPS**

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 18 de septiembre de 2020 (fls. 190 a 195).

ANTECEDENTES

SU TEMPORAL S.A. acude a la presente acción¹ a efectos de que se **condene** a la EPS SANITAS al reconocimiento económico y pago de incapacidades médicas y licencias de maternidad expedidas en favor de varios de sus trabajadores, que corresponden a una suma de \$18.336.477.

Fundamenta sus pretensiones en que SU TEMPORAL es una empresa de servicios temporales la cual contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus

¹ Folio 3

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101134-01

actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales contratadas directamente por SU TEMPORAL, la cual tiene carácter de empleador con estas personas contratadas, bajo dicha óptica es el empleador directo de esas personas naturales, por ende, es quien está obligado a responder por su salario, prestaciones sociales, seguridad social y demás obligaciones que le corresponden por ser empleador, una de las obligaciones de SUTEMPORAL es pagar a sus trabajadores las incapacidades por enfermedad general, licencia de maternidad o paternidad, accidente de trabajo y demás situaciones que los trabajadores llegaren acreditar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el Decreto 2943 de 2013, ha radicado correctamente ante la EPS SANITAS las incapacidades por enfermedad general y las licencias de maternidad; y paternidad presentadas, no obstante, SANITAS EPS no ha efectuado el pago adeudado por los conceptos señalados, los cuales a corte 1° de enero de 2018, suman un total de \$18.336.477. Por último, indica que con base en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011 y concepto 124531 del Ministerio de Salud y Protección Social, el no pago oportuno de las licencias e incapacidades genera el pago de intereses moratorios, los cuales van a corresponder a la misma tasa de interés moratorio establecido para los tributos que administra la DIAN, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002, es decir, debido al no pago oportuno se deberá pagar el 31.52% efectivo anual de interés moratorio, correspondiente a la tasa de usura establecida por la Superintendencia Financiera.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **EPS SANITAS** contestó señalando que una vez confrontado el sistema de información se procedió a identificar el estado del trámite de cada uno de ellos, en cuanto a las incapacidades que se encuentran en estado de

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101134-01

pagado significa que ya fueron reconocidas por la EPS y consignados a la empresa en la cuenta registrada por ellos. De otra parte, las incapacidades que se encuentran en estado enviado a tesorería significan que están próximas a reconocer por la EPS SANITAS y dichos valores serán consignados a favor de la empresa a la cuenta registrada por parte de la entidad, no obstante, anexa un detallado de pago en el cual puede confrontarse si éstas ya fueron pagadas, propuso como excepciones de fondo buena fe EPS SANITAS y genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 18 de septiembre de 2020 (fls. 190 a 195), **accedió parcialmente** a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, **ordenó** a SANITAS EPS el pago de la suma de \$757.107 con las correspondientes actualizaciones monetarias a favor de la sociedad SU TEMPORAL S.A. dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria.

Como sustento a su decisión estableció que no existía controversia a dirimir frente al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de algunas de las prestaciones económicas deprecadas en el presente asunto, toda vez que SANITAS había procedido a reconocer y liquidar algunas de las prestaciones económicas, procediéndose por parte de la Superintendencia a requerir a la entidad demandante con el fin de que certificara del pago de las prestaciones económicas señaladas, requerimiento que había sido contestado el 27 de agosto por la Doctora María del Pilar Ramos Pérez quien informó la EPS sí había efectuado el pago de algunas de estas prestaciones.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101134-01

En cuanto al resto de las incapacidades, indicó que la EPS no las había reconocido en atención a que existen causales que fundamentan su negación por no cumplimiento del periodo mínimo e incapacidades no radicadas en la EPS, que al revisarse la situación de cada una de ellas, se tenía que únicamente tres de los trabajadores cumplía con los requisitos: FREDDY RAFAEL GORDON GAMERO, NESTOR FABIO MONTAÑO BUENO y ADRIANA PAOLA VALBUENA TIBAQUIRA, procediendo a efectuar la liquidación respectiva teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 277 del CST y sentencia C-543 de 2007, lo cual arrojó un total de \$757.107.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** interpuso recurso de apelación (fls. 202 a 206), indicando que revisada la sentencia existen inconsistencias en los tres casos que señala el ente de control, dado que las incapacidades que ordenan el pago correspondiente a los trabajadores FREDDY RAFAEL GORDON GAMERO y NESTOR FABIO MONTAÑO BUENO no tiene soporte de radicación, en consecuencia no se cuenta con el soporte para el trámite y en cuanto a la incapacidad de ADRIANA PAOLA VALBUENA TIBAQUIRA ésta fue pagada con el certificado 54628918 con los siguientes valores \$368.711 y \$276.533 el 27 de mayo de 2016 y el 1° de junio de 2016.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la empresa demandada radicó la reclamación ante la EPS para el reconocimiento de las incapacidades médicas de los trabajadores FREDDY RAFAEL GORDON GAMERO y

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101134-01

NESTOR FABIO MONTAÑO BUENO y si se encuentra cancelada la incapacidad de la trabajadora ADRIANA PAOLA VALBUENA TIBAQUIRA.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

Reclamación ante la EPS para el reconocimiento de las incapacidades

Revisado el material probatorio, observa la Sala que a folio 37 se encuentra expedida la incapacidad del trabajador FREDDY RAFAEL GORDON GAMERO por parte de la EPS SANITAS del periodo comprendido entre el 22/09/2017 hasta el 25/09/2017, a folio 61 se encuentra formato de solicitud de la incapacidad ante la EPS SANITAS, aunque el mismo no contiene sello de recibido por parte de la entidad, lo cierto es que a folio 40 se encuentra desprendible de nómina que demuestra que la incapacidad del trabajador fue reconocida por parte de la empresa accionante en el mes de octubre de 2017, demostrándose con ello que efectivamente le asiste el derecho al reembolso de la incapacidad solicitada a pesar de no existir solicitud previa ante la EPS, pues se entiende que con la demanda la entidad ya es conocedora de la obligación a su cargo.

En lo que respecta al trabajador NESTOR FABIO MONTAÑO BUENO, se aportó incapacidad medica reconocida por la EPS SANITAS de cinco días comprendidos entre el 01/08/2015 al 05/08/2015 y a folio 62 obra formato de solicitud de incapacidad con sello de recibido por parte de la EPS SANITAS de fecha 13 de octubre de 2015, lo cual acredita que sí existió reclamación ante la EPS por parte de la empresa demandante.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101134-01

Pago incapacidad por parte de la EPS

En el recurso interpuesto la EPS SANITAS adjunta comprobantes de pago de transferencia con fechas 27 de mayo de 2016, por la suma de \$368.711 y del 1° de junio de 2016, por la suma de \$276.533 (fls. 205/206) a favor de la empresa SU TEMPORAL S.A., frente a los cuales manifiesta la EPS que corresponde a la incapacidad de la trabajadora ADRIANA PAOLA VALBUENA TIBAQUIRA, en razón a ello se procedió a correr traslado a la empresa accionante a través de auto de fecha 14 de septiembre de 2021, notificado en el estado del 16 de septiembre del año en curso, vencido el término del mismo, la empresa demandante no hizo pronunciamiento alguno.

Entendiéndose entonces que la obligación objeto de discusión en el presente asunto ya quedó satisfecho, pues con la documental allegada queda demostrado que el valor de la incapacidad de la trabajadora ADRIANA PAOLA VALBUENA TIBAQUIRA solicitado en el líbelo demandatorio fue cancelado, lo cual conlleva a que sea revocada la decisión de primera instancia y, por consiguiente, a darse por terminado el presente proceso, respecto de dicha trabajadora.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101134-01

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal segundo de la decisión proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 18 de septiembre de 2020, para en su lugar **condenar** a la EPS SANITAS a reconocer a favor de la empresa demandante como valor de las incapacidades de los trabajadores FREDDY RAFAEL GORDON GAMERO y NESTOR FABIO MONTAÑO BUENO la suma de \$113.616 y **absolver** a la entidad al pago de la incapacidad de la trabajadora ADRIANA PAOLA VALBUENA TIBAQUIRA al demostrarse el pago total de la obligación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101134-01

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', with a large, stylized loop at the beginning and a horizontal line extending to the right.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN- contra CAFESALUD Y MEDIMAS EPS

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionante, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 30 de septiembre de 2020 (fls.60 a 64).

ANTECEDENTES

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- acude a la presente acción a efectos de que se reconozca y pague las incapacidades médicas que ha teniendo el funcionario EDILBERTO SUSANO SOLANO en la suma de \$778.436 y \$770.415 más los intereses generados desde la fecha de pago de la

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002. **(fl. 2).**

Fundamenta sus pretensiones (fls. 1), señalando que el servidor público EDILBERTO SUSANO SOLANO prestó sus servicios en el entidad desde el 11 de febrero de 2009 y actualmente se desempeña en el cargo de analista IV, código 204, grado 4 ubicado en la división de gestión administrativa y financiera –Dirección Seccional de impuestos y Aduanas de Tunja –Nivel local, que el funcionario se encuentra afiliado a CAFESALUD EPS haciendo uso de sus servicios en el mes de septiembre de 2016, generando una licencia por enfermedad general por el término de 30 días, es decir, del 18 de septiembre al 17 de octubre de 2016, también se le expidió otra incapacidad del 19 de octubre de 2016 al 17 de noviembre de 2016, que la jefe de la coordinación de seguridad social nivel central de la U.A.E. DIAN a través de oficios No. 100214375-262-2018 y 100214375-262-2018, hizo solicitud de cobro por diferencia en los pagos de incapacidad donde se encuentra incluido el nombre del funcionario público EDILBERTO SUSANO SOLANO, que la DIAN Bogotá concedió la licencia por enfermedad bajo resolución No. 0450 del 5 de octubre de 2016 y resolución 496 del 1° de noviembre de 2016, que CAFESALUD no hizo pago de la incapacidad.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓM contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que CAFESALUD EPS reconoció, liquidó y canceló en su totalidad a la DIAN las incapacidades solicitadas. Propuso como excepciones de fondo; carencia de objeto por hecho superado y genérica **(CD fl.55).**

MEDIMAS EPS contestando que no le consta los hechos de la demanda, por cuando al momento de la causación de la incapacidad el funcionario se

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

encontraba afiliado a CAFESALUD EPS, por tal razón MEDIMAS no podía ser el asegurador en salud del afiliado. Adicionalmente, la entidad no existía para entonces y tampoco hace parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia de Salud a través de la resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 30 de septiembre de 2020 (fls. 60 a 64), **no accedió** a las pretensiones formuladas por UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN.

Como sustento a su decisión, argumentó que no existía controversia a dirimir frente al cumplimiento de los requisitos y la procedencia del reconocimiento de las incapacidades deprecadas ya que CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN había manifestado que las mismas fueron liquidadas y reconocidas, motivo por el cual el a quo procedió a oficiar a la DIAN solicitando la confirmación del pago, entidad que contestó el oficio manifestando que la EPS no había efectuado el pago total de la incapacidad, solamente había realizado un pago parcial por valor de \$2.128.927 y \$2.347.584, sobre las incapacidades, adeudando las diferencias de \$781.206 y \$770.415.

Indicando el *a quo* que la controversia radica en el IBC que se tomó para liquidar las mismas, para lo cual sostuvo que existe diferencia respecto del IBC y el salario, ya que dentro del IBC está constituido por factores salariales, pero también incluye otros factores que no son salariales y que puede aumentar o disminuir la base de cotización, en razón a esto, en las planillas de autoliquidación de aportes hay unas casillas en las cuales se

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

registran las novedades que se presentan en los aportes mensuales de cada trabajador. De manera, que resulta inapropiado tomar como IBC de una prestación económica el IBC, por este no corresponde al salario que devenga la persona al momento en que inició la prestación económica reclama. Que en el presente caso el demandante había allegado comprobante de pago de nómina de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2016, evidenciándose que el salario devengado por el funcionario para la vigencia en que se expidió la prestación económica deprecada en el mes inmediatamente anterior corresponde a \$3.464.762, razón por la cual, será este, el valor que se deberá tener en cuenta para realizar la respectiva reliquidación lo cual arroja las siguientes sumas \$4.465.916 y \$4.476.511, por lo tanto, la reclamación elevada por el demandante resulta improcedente en consideración a que una vez realizada la liquidación por parte del Despacho se evidencia que la EPS CAFESALUD EN LIQUIDACIÓN realizó el pago, el cual incluso es mayor al que resultó de la liquidación.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionante** interpuso recurso de apelación (**fls. 72 a 75**), indicando que la discrepancia que se genera respecto de lo decidido por el *a quo* se genera a partir de su expresión “las prestaciones económicas se liquidan con el salario no con el IBC”, pues si bien dicha afirmación es cierta, no lo es por las razones expuestas en el fallo, para lo cual es necesario considerar que de conformidad con lo establecido en el artículo 127 del CST, los elementos integrantes del salario son:

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

Y la definición de IBC es la base para aportar a los subsistemas de seguridad social y de parafiscales, los cuales como bien se indica en la sentencia de la Superintendencia Nacional de Salud, fueron establecidos por el Decreto 1158 de 1994. De lo anterior, se debe entender que todo pago hecho al empleado, no importa el concepto o definición que se le dé hace parte del salario por lo que se encuentra incorrecto indicar que el IBC incluye otros factores que no son salariales o adicionales al salarial, puesto que justamente se limita a los conceptos constitutivos de factor salarial, como es el caso del señor EDILBERTO SUSANO SOLANO quien para el mes de agosto de 2016 (mes anterior a la incapacidad) devengó conceptos constitutivos de salario tales como: sueldo:\$3.464.762, bonificación servicios prestados \$1.212.667, total: \$4.677.429, lo que arroja como valor de la incapacidad del 18/09/2016-07/10/2016 la suma de \$2.910.133 y de la incapacidad del 18/09/2016-17/10/2016 la suma de \$3.177.999.

Concluyendo que la EPS CAFESALUD, al igual que la Superintendencia Nacional de Salud desconoció la diferencia presentada por otros factores salariales en virtud del Decreto 1158 de 1994.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la base salarial que se tomó para liquidar la incapacidad del funcionario EDILBERTO SUSANO SOLANO de los periodos comprendidos entre el 19/10/2016-17/10/2016 y 19/10/2017-17/11/2016, fue la correcta; en caso de no serlo, si deben reconocerse las diferencias e intereses moratorios, igualmente se estudiará quien es la entidad competente para cancelar los valores adeudados.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 y Decreto 1333 de 2018.

No es materia de controversia que el servidor público EDILBERTO SUSANO SOLANO quien labora para la entidad accionante se encontraba afiliado a la EPS CAFESALUD en liquidación para el año 2016, e hizo uso de los servicios médicos durante dicho año, expidiéndose una incapacidad médica general entre 19 de septiembre al 17 de octubre de 2016, la cual se prorrogó entre el 19 de octubre de 2017 al 17 de noviembre de 2016 (fls. 5 y 21). Así mismo, que la EPS efectuó el pago de dichas incapacidades en las sumas \$2.128.927 y \$2.347.584, sin embargo, considera la parte demandante que aún se adeuda una diferencia de \$781.206 por la primera incapacidad y por la prórroga la suma de \$770.415.

Radican entonces, la controversia principalmente en el salario que tomó la EPS y la Superintendencia de Salud para liquidar la incapacidad, pues en sentir de la parte actora no se tomaron los factores salariales que devengó el funcionario para agosto de 2016. Por consiguiente, se hace necesario analizar cuál es la base a tener en cuenta para la liquidación de la incapacidad, teniendo en cuenta que el trabajador es un servidor público, de manera que, el ingreso base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones debe guiarse conforme lo dispone el Decreto 1158 de 1994, normatividad que establece:

“ARTÍCULO 1°. El artículo 6° del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

- a) La asignación básica mensual
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna
- g) La **bonificación por servicios prestados**;

De igual manera, es importante precisar que el artículo 33 de la Ley 1393 de 2010, consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 33. Las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud deben hacerse sobre la misma base de las cotizaciones efectuadas al Sistema de Riesgos Profesionales y de las realizadas al Sistema General de Pensiones. Para afiliar a un trabajador, contratista o a cualquier persona obligada a cotizar al Sistema de Riesgos Profesionales debe demostrarse que se encuentra cotizando a los Sistemas Generales de Seguridad Social en Salud y de Pensiones”.

De lo anteriormente señalado puede inferirse que no es viable calcular aportes al sistema de salud sobre factores distintos a los señalados en el Decreto 1158 de 1994 y, por ende, tampoco para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas.

Ahora, para establecer el salario del mes que debe tenerse en cuenta, para efectuar la correspondiente liquidación, es necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 2236 de 1999, normatividad que también se encuentra consagrada en el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, y la cual dispone:

“ARTÍCULO 1°. Adiciónase el literal b) del artículo 9° del Decreto 1406 de 1999, con el siguiente inciso:

"En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de éstos el valor de la nómina pagada o de los ingresos

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso".

De otro lado, el artículo 70 del Decreto 806 de 1998, copilado en el artículo 3.2.5.1 del Decreto Único Reglamentario 780/2016, señala:

“ARTÍCULO 70. Cotización durante la incapacidad laboral, la licencia de maternidad, vacaciones y permisos remunerados. *Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período durante el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor de la incapacidad o de la licencia de maternidad según sea el caso, manteniéndose la misma proporción en la cotización que le corresponde al empleador y al trabajador.*

Las cotizaciones durante vacaciones y permisos remunerados se causarán en su totalidad y el pago de los aportes se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de las respectivas vacaciones o permisos. (negrilla fuera del texto original).

La Entidad Promotora descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador asalariado o independiente según sea el caso.

En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, salvo las excepciones legales.

PARÁGRAFO . *En el sector público podrá pagarse en forma anticipada las cotizaciones correspondientes al período total de la incapacidad, licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados”.*

Así las cosas, teniendo en cuenta las normatividades enunciadas concluye esta Sala de decisión que le asiste razón a la parte recurrente en cuanto a que no se liquidó de manera correcta la incapacidad otorgada al señor EDILBERTO SUSANO SOLANO, ya que si bien el IBC reportado por el empleador puede estar constituido por factores salariales como por otros que no solo son, como lo narra el *a quo* en el caso de los servidores públicos debe verificarse cuáles de los reportados constituyen salario de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994, en respuesta al requerimiento

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

ordenado por la Superintendencia de Salud, la DIAN allegó el desprendible de nómina del mes de agosto de 2016 (CD fl.55), en donde se puede observar que el señor EDILBERTO SUSANO SOLANO recibió como sueldo la suma de \$3.464.762 y una **bonificación de servicios prestados** en la suma de \$1.212.667 para un total de \$4.677.429. Al verificarse la planilla de autoliquidación de aportes se tiene que el empleador reportó como IBC para el mes de agosto de 2016, dicha suma, siendo entonces deber de la EPS como del Juez de primera instancia verificar de lo percibido por el trabajador durante el mes en que se calcula la incapacidad, qué elementos constituyen salario, aspecto que se pasó por alto.

Procede entonces la Sala a efectuar nuevamente las operaciones aritméticas tomando como base salarial la suma de \$4.677.429, pues como bien quedó demostrado la incapacidad que se otorgó del 19/10/2016 al 17/10/2016, tuvo una prórroga ente el 19/10/2017 al 17/11/2016, por lo tanto, la base salarial debe ser la misma, ya que no se trató de un origen de enfermedad distinto, como fórmula de la incapacidad se tomará $4.677.429 \times 66,67\% \times 58 / 30$ arroja un total de \$6.028.987,70, que al descontarse el valor pagado por la EPS que correspondió a \$2.128.927 y \$2.347.584, queda una diferencia por pagar en la suma de \$1.552.476,7.

Intereses moratorios

Solicita la parte actora se reconozcan intereses moratorios en relación a la mora en el pago total de la incapacidad, el artículo 4° del Decreto 1281 del año 2002, establece:

“ARTÍCULO 4o. INTERESES MORATORIOS. *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.*

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

De otro lado, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, indica:

“ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo [157](#), el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.

Y el artículo 2.2.3.1 del Decreto único reglamentario 780 de 2016, señala:

“Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en DECRETO Nt:11VIERÓ 780 ' DE2016 HOJA No 86 Continuación de Decreto "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social"

un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones **económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.**

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

Parágrafo 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar”.
(subrayado fuera del texto original).

Y el párrafo 1° del artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1333 de 2018, señala:

“Artículo 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad (...).

EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1. *La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberán realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002”.*

A folio 6 obra copia de la reclamación presentada por la Jefe de Coordinación de Seguridad Social- Nivel central U.A.E. DIAN ante la entidad accionada de fecha 7 de febrero de 2018, donde se hace relación de varias prestaciones económicas pendientes por pago, encontrándose entre señaladas la del señor EDILBERTO SUSANO SOLANO bajo los números de incapacidad 4476248 y 4590592, indicándose que se adeuda una diferencia en la suma de \$778.436 y \$770.415 (fls. 7 a 12), con ello queda demostrado que se reclamó y a pesar de ello aún no se ha efectuado el valor total de la incapacidad, aspectos que dan lugar al reconocimiento de intereses moratorios solicitados.

Entidad obligada a reconocer la incapacidad

Como bien lo indica la demandada MEDIMAS EPS, en su contestación el Tribunal Administrativo de Cundinamarca –Sección Primera –Subsección

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101143-01

“A”, en sentencia de fecha 10 de abril de 2019, ordenó levantar las medidas cautelares decretadas, debiendo CAFESALUD EPS responder por las incapacidades que se hayan causados antes del 1° de agosto de 2017, por lo que al haberse generado las incapacidades del funcionario vinculado a la DIAN en el año 2016, la responsable en pagar las diferencias objeto de la presente sentencia se encuentra en cabeza de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN.

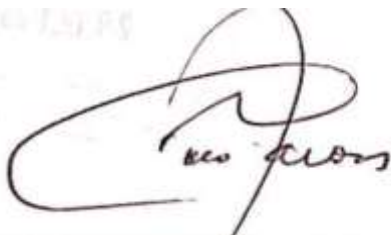
Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 30 de septiembre de 2020, para en su lugar **acceder** a la pretensión formulada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-, como consecuencia de ello, **ordenar** a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a favor de la accionante la suma de \$\$1.552.476,7, en el término de 5 días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, con los correspondientes intereses moratorios los cuales correrán hasta que se haga efectivo el pago total y para su cálculo se deberá tener en cuenta el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002, conforme a los razonamientos expuestos en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101181-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR la UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -
DIAN- contra ALIANSALUD EPS**

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre del año 2021,
el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de
Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte
accionante, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA
DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el
3 de noviembre de 2020 (fls.21 a 23).

ANTECEDENTES

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y
ADUANAS NACIONALES -DIAN- acude a la presente acción a efectos de que
se reconozca y pague la diferencia de la incapacidad general que tuvo el
funcionario ESTEBAN ÁLVAREZ NIEVES del 14 de febrero de 2015 hasta el
24 de febrero de 2015 y del 25 de febrero de 2015 al 30 de marzo de 2015,
por la suma de \$710.307, más los intereses moratorios generados desde la
fecha de pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el



Sala Laboral SUMARIO EXP. 110012205000202101181-01
desembolso a la tasa establecida en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.
(fl. 3).

Fundamenta sus pretensiones (fls. 1 a 2), señalando que el servidor público ESTEBAN ÁLVAREZ NIEVES presta sus en la UAE DIAN desde el 29 de enero de 1981, desempeñándose en el cargo Gestor II, Código 302, grado 2, ubicado en la Dirección de Recursos y Administración económica Subdirección de Gestión Financiera Coordinación de sentencias y devoluciones, que el mencionado servidos público se encontraba afiliado a la empresa ALIANSALUD EPS para los meses de febrero y marzo de 2015, que mediante resolución 04578 del 20 de mayo de 2015, la entidad le reconoció incapacidad por enfermedad general al funcionario, entre el 14 de febrero de 2015 hasta el 24 de febrero de 2015 y mediante resolución No. 6547 del 13 de julio de 2015, le reconoció una incapacidad entre el 25 de febrero de 2015 al 30 de marzo de 2015, las cuales se cancelaron en la nómina de agosto de 2015, a la fecha la EPS ALIANSALUD no ha cancelado la diferencia por las incapacidades, la UAE DIAN mediante oficio No. 100214309-129-2017 del 6 de febrero de 2018, dirigió al representante legal de ALIANSALUD EPS solicitud de pago de la incapacidad, sin que a la fecha se hubiere cancelado.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

ALIANSALUD EPS contestó señalando que no dejó ningún saldo pendiente por pagar con relación a la incapacidad No. 204-1006005, pues la liquidación de dicha incapacidad fue la siguiente conforme lo establecía el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999:

IBC reportado planilla 87715498 febrero 2015	IBC planilla de ajuste 88156008 febrero 2015	Total IBC febrero 2015	Valor pagado empleador	IBC pagado Aliansalud EPS (normatividad legal vigente)	Valor pagado Aliansalud EPS.	Diferencia
7.121.000	152.000	7.273.000	1.454.675	5.275.000	1.055.053	399.620



Sala Laboral SUMARIO EXP. 110012205000202101181-01

Lo anterior, teniendo en cuenta el IBC \$7.121.000 reportado en la planilla a nombre del usuario para el periodo de febrero de 2015, periodo anterior a la fecha de inicio de la incapacidad, como lo determina la normatividad legal vigente, lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la resolución No. 2266 de 1998, la incapacidad fue aprobada el tiempo establecido por la normatividad legal vigente y la transacción se realizó a la cuenta registrada para pago de incapacidades y licencias por el empleador en marzo de 2015.

Respecto de la incapacidad No. 204-1006009, ALIANSALUD tampoco dejó algún saldo pendiente por pagar, pues la liquidación de dicha incapacidad fue la siguiente:

IBC reportado planilla \$7718495 febrero 2015	IBC planilla de ajuste \$8136008 febrero 2015	Total IBC febrero 2015	Valor pagado empleador	IBC pagado Aliansalud EPS (normatividad legal vigente)	Valor pagado Aliansalud EPS.	Diferencia
7.121.000	152.000	7.273.000	1.131.412	5.275.000	520.597	310.516

Lo anterior, teniendo en cuenta el IBC \$7.121.000 reportado en la planilla a nombre del usuario por el periodo de febrero de 2015, periodo anterior a la fecha de inicio de la incapacidad (CD fl.20).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 3 de noviembre de 2020 (fls.21 a 23), **no accedió** a las pretensiones formuladas por UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN.

Como sustento a su decisión, argumentó que el objeto de la litis se centraba en la diferencia entre el valor reconocido por la EPS y el valor que la DIAN reconoció por concepto de las incapacidades expedidas al funcionario ESTEBAN ÁLVAREZ NIEVES, frente a lo cual debía tenerse en

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101181-01

cuenta que el IBC no es lo mismo que el salario, por cuanto el IBC está constituido por factores salariales, como de otros que no constituyen salario y que pueden aumentar o disminuir la base de cotización, en razón a ello en las planillas de autoliquidación de aportes hay unas casillas en las cuales se registran las novedades que se presenten en los aportes mensuales de cada trabajador, de manera que resulta inapropiado tomar como IBL de una prestación económica el IBC, porque el IBC puede no corresponder al salario que devenga una persona en el momento en que da inicio la prestación económica reclamada, porque como el IBC tiene factores adicionales al salarial, puede generar liquidaciones incorrectas.

En consecuencia, de lo indicado, se evidenciaba que el demandante allegó los comprobantes de pago de nómina del mes de febrero de 2015, evidenciándose que el salario devengado por el funcionario para la vigencia en que se expidieron las incapacidades deprecadas, corresponden a la suma de \$4.018.786, razón por la cual sería el valor a tener en cuenta para realizar la respectiva liquidación, de lo cual se observaba que la EPS ALIANSALUD había realizado el pago de las incapacidades en una suma incluso mayor a la que resultó de la liquidación.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionante** interpuso recurso de apelación (**fls. 30 a 32**), indicando que no corresponde a la realidad, pues al desarrollar la fórmula la providencia toma el salario de \$4.018.786, cuando en realidad debió tomar el valor del IBC equivalente a \$7.273.000, por lo que al desarrollar la fórmula el valor total de la incapacidad corresponde a \$1.454.600 y no \$803.709,39, así mismo, en lo que respecta al otro periodo, el total de la incapacidad es el valor de \$1.131.356 y no \$625.175,75.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101181-01

Precisa que la expresión usada en la sentencia “IBC no es lo mismo que salario”, si bien es una afirmación cierta, no lo es por las razones expuestas en el fallo, para lo cual es necesario considerar que de acuerdo a lo establecido en el CST artículo 127, constituye salario no solamente la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación directa del servicio sea cualquiera la denominación que se adopte, así como lo establecidos en el Decreto 1158 de 1994, obra dentro de expediente planillas únicas de autoliquidación de aporte efectuados durante los 6 meses anteriores a la ocurrencia del hecho que conllevó a la expedición de la incapacidad, en donde se puede verificar el IBC reportado al funcionario.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la base salarial que se tomó para liquidar la incapacidad del funcionario ESTEBAN ÁLVAREZ NIEVES del 14 de febrero de 2015 hasta el 24 de febrero de 2015 y del 25 de febrero de 2015 al 30 de marzo de 2015, fue la correcta; en caso de no serlo, si deben reconocerse las diferencias e intereses moratorios.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 y Decreto 1333 de 2018.

No es materia de controversia que el servidor público ESTEBAN ÁLVAREZ NIEVES quien labora para la entidad accionante se encontraba afiliado a la EPS ALIANSALUD para el año 2015, e hizo uso de los servicios médicos durante dicho año, expidiéndose una incapacidad médica general entre 14 de febrero de 2015 hasta el 24 de febrero de 2015, la cual se prorrogó entre el 25 de febrero de 2015 al 30 de marzo de 2015 (fl. 7). Así mismo, que la

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101181-01

EPS efectuó el pago de dichas incapacidades en las sumas de \$1.454.600 y \$820.592, sin embargo, considera la parte demandante que aún se adeuda una diferencia de \$710.307.

Radican entonces, la controversia principalmente en el salario que tomó la EPS y la Superintendencia de Salud para liquidar la incapacidad, pues en sentir de la parte actora no se tomaron los factores salariales que devengó el funcionario para enero de 2015. Por consiguiente, se hace necesario analizar cuál es la base a tener en cuenta para la liquidación de la incapacidad, teniendo en cuenta que el trabajador es un servidor público, de manera que, el ingreso base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones debe guiarse conforme lo dispone el Decreto 1158 de 1994, normatividad que establece:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

"Base de cotización". El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna*
- g) La bonificación por servicios prestados”;*

De igual manera, es importante precisar que el artículo 33 de la Ley 1393 de 2010, consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 33. Las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud deben hacerse sobre la misma base de las cotizaciones efectuadas al Sistema de Riesgos Profesionales y de las realizadas al Sistema General de Pensiones. Para afiliar a un trabajador, contratista o a

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101181-01

cualquier persona obligada a cotizar al Sistema de Riesgos Profesionales debe demostrarse que se encuentra cotizando a los Sistemas Generales de Seguridad Social en Salud y de Pensiones”.

De lo anteriormente señalado puede inferirse que no es viable calcular aportes al sistema de salud sobre factores distintos a los señalados en el Decreto 1158 de 1994 y, por ende, tampoco para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas.

Ahora, para establecer el salario del mes que debe tenerse en cuenta, para efectuar la correspondiente liquidación, es necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 2236 de 1999, normatividad que también se encuentra consagrada en el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, y la cual dispone:

“ARTÍCULO 1°. *Adiciónase el literal b) del artículo 9° del Decreto 1406 de 1999, con el siguiente inciso:*

"En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de éstos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso".

De otro lado, el artículo 70 del Decreto 806 de 1998, copilado en el artículo 3.2.5.1 del Decreto Único Reglamentario 780/2016, señala:

“ARTÍCULO 70. Cotización durante la incapacidad laboral, la licencia de maternidad, vacaciones y permisos remunerados. *Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período durante el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor de la incapacidad o de la licencia de maternidad según sea el caso, manteniéndose la misma proporción en la cotización que le corresponde al empleador y al trabajador.*



Sala Laboral SUMARIO EXP. 110012205000202101181-01
Las cotizaciones durante vacaciones y permisos remunerados se causarán en su totalidad y el pago de los aportes se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de las respectivas vacaciones o permisos. (negrilla fuera del texto original).

La Entidad Promotora descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador asalariado o independiente según sea el caso.

En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, salvo las excepciones legales.

PARÁGRAFO . *En el sector público podrá pagarse en forma anticipada las cotizaciones correspondientes al período total de la incapacidad, licencia de maternidad, vacaciones o permisos remunerados”.*

Así las cosas, teniendo en cuenta las normatividades enunciadas, observa la Sala que la EPS ALIANSALUD en la contestación a la demanda manifiesta que el IBC que tomó en cuenta para la liquidación de la incapacidad fue la suma de \$5.275.000, que fue el valor reportado en la planilla de autoliquidación de aportes, la entidad actora adjunta copia de la nómina del mes enero de 2015, en donde se detallan los siguientes valores percibidos por el funcionario:

UAE-DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
800197268

Página: 1
Fecha:
Hora: 2:12 p. m.
14/08/2018

DE 1/01/2015 AL 31/01/2015
CODIGO NOMBRE CONCEPTO CANTIDAD DEVENGADOS DESCUENTOS SALDOS NETO

13952978 ALVAREZ NIEVES ESTEBAN		Sueldo \$4.018.786
Contrato: 1		
Cargo: GESTOR II		
Dependencia: 94 COORDINACIÓN SENTENCIAS Y DEVOLUCIONES		
1001 SUELDO	8	\$ 1.023.960,00
1011 PRIMA DE DIRECCION	30	\$ 673.920,00
1015 DIFER. REMUNERA. DESIGNACION DE JEFATURA	8	\$ 382.697,00
1026 BONIFICACION SERVICIOS PRESTADOS	0,35	\$ 1.846.237,00
1037 INCENTIVO AL DESEMPEÑO NACIONAL	180	\$ 10.075.181,00
2001 AJUSTE SUELDO	8	\$ 47.717,00
2011 AJUSTE PRIMA DIRECCION	30	\$ 31.405,00
2015 AJUS. DIFE. REM. DESIGNACION DE JEFATURA	8	\$ 17.834,00
2026 AJUSTE BONIFICACION SERVICIOS	0,35	\$ 86.035,00
4500 APOORTE SALUD - COLMEDICA ENTIDAD	8	\$ 6.063,00
4500 APOORTE SALUD - COLMEDICA ENTIDAD	4	\$ 130.116,00



Sala Laboral		SUMARIO EXP. 110012205000202101181-01		
4501 APORTE PENSION - AFP COLPENSIONES	8		\$ 6.063,00	
4501 APORTE PENSION - AFP COLPENSIONES	4		\$ 130.116,00	
4502 APORTE FONDO SOLIDARIDAD - AFP	8		\$ 1.500,00	
4502 APORTE FONDO SOLIDARIDAD - AFP	1		\$ 32.500,00	
4504 RETEFUENTE ORDINARIA ART.383 - DIAN	11,84		\$ 1.224.000,00	
TOTAL IDENTIFICACIÓN.....		\$ 14.184.986,00	\$ 1.530.358,00	\$ 12.654.628,00
Número de Registros de Detalle: 16				
TOTAL GENERAL		\$ 14.184.986,00		

Como bien se puede ver, el señor ESTEBAN ÁLVAREZ NIEVES percibía como sueldo el valor de \$4.018.786, además se le reconoció para dicha calenda una bonificación por servicios prestados de \$1.846.237, que sería el único factor salarial a reconocer de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1158 de 1994, pues si bien se pagaron unos valores adicionales, no se demostró que los mismos fueran constitutivos de salario y tampoco se encuentran dentro de los señalados en el decreto en mención, toda vez que la prima de dirección que se reconoció no es de las mencionadas en dicha normatividad. En tal sentido, al sumarse el valor del salario y la bonificación por servicios prestados arroja un total de \$5.865.023 que sería el IBC real del trabajador. No obstante, el empleador reportó en la planilla de autoliquidación de aportes la suma de \$5.275.000, el mismo valor que tomó la EPS para liquidar la incapacidad solicitada, razón por lo cual no existen diferencias por reconocer a favor de la parte actora.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **CONFIRMARÁ** el fallo impugnado, pero por las razones aquí expuestas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101181-01

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 3 de noviembre de 2020, pero por las razones aquí expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN- contra CAFESALUD Y MEDIMAS EPS

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de septiembre del año 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionante, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 3 de noviembre de 2020 (fls.45 a 49).

ANTECEDENTES

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- acude a la presente acción a efectos de que se reconozca y pague las incapacidades médicas que ha teniendo la funcionaria MIREYA HERNÁNDEZ MUÑOZ en la suma de \$354.318 más los intereses moratorios generados desde la fecha del pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002 **(fl. 2)**.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

Fundamenta sus pretensiones (fls. 1), señalando que la servidora MIREYA HERNÁNDEZ MUÑOZ presta sus servicios en la UAE DIAN desde el 24 de mayo de 1996 y actualmente se desempeña en el cargo de Gestor III, Código 303, grado, 3 ubicada en la división de Gestión de Recaudo y cobranza - Dirección Seccional de impuestos y aduanas de Neiva, que la mencionada servidora pública se encontraba afiliada a CAFESALUD EPS para el año 2013, utilizando sus servicios, por lo se le expidió la siguiente incapacidad: del 5 de agosto de 2013 al 24 de agosto de 2013, la entidad pagó el salario correspondiente a la licencia por enfermedad y CAFESALUD no ha pagado la transferencia electrónica completa, adeudando la suma de \$354.318.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓM contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, propone como excepción carencia de objeto por hecho superado, teniendo en cuenta que según lo informado en el área de prestaciones económicas CAFESALUD EPS reconoció y liquidó los días que debe asumir la EPS de la incapacidad generada a la señora MIREYA HERNANDEZ MUÑOZ, posteriormente, procedió a expedir factura por el valor de la incapacidad, la cual fue cancelada en su totalidad, por lo que solicita se de por terminado el proceso **(CD fl.43)**.

Por su parte **MEDIMAS EPS** contestó señalando que para el momento de los hechos la funcionaria se encontraba afiliada a CAFESALUD EPS, por tal razón MEDIMAS EPS no podía ser la aseguradora, además de que la entidad no existía para ese momento y tampoco hace parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia de Salud a través de la resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017 y propone como excepción de fondo falta de legitimación por pasiva **(CD fl.43)**.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 3 de noviembre de 2020 (fls. 45 a 49), **absolvió** a MEDIMAS EPS de las pretensiones de la demanda, **accedió** a las pretensiones en contra de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN, **ordenó** a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a pagar la suma de \$155.471 a favor de la entidad accionante dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la providencia y **ordenó** a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN efectuar el pago de intereses moratorios a favor de la entidad actora liquidados desde el 29 de septiembre de 2017, hasta la fecha en que se haga efectivo el pago total de la prestación económica, los cuales deben ser cancelados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrativos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Como sustento a su decisión, argumentó que existe diferencia respecto del IBC y el salario, ya que dentro del IBC está constituido por factores salariales, pero también incluye otros factores que no son salariales y que puede aumentar o disminuir la base de cotización, en razón a esto, en las planillas de autoliquidación de aportes hay unas casillas en las cuales se registran las novedades que se presentan en los aportes mensuales de cada trabajador. De manera, que resulta inapropiado tomar como IBC de una prestación económica el IBC, por este no corresponde al salario que devenga la persona al momento en que inició la prestación económica reclama.

Refiere que el apoderado de la parte demandante allegó los comprobantes de nómina correspondientes a los meses de julio y agosto de 2013, evidenciándose que el salario devengado por la funcionaria para la vigencia en que se expidió la prestación económica deprecada corresponde a

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

\$2.984.080, procediendo a efectuar la correspondiente liquidación arrojándole una diferencia entre el valor que debió cancelar la EPS CAFESALUD y el valor efectivamente reembolsado que ascendió a la suma de \$971.904, correspondiéndole a la entidad accionada pagar la diferencia en la suma de \$155.471, junto con el pago de intereses moratorios.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionada** interpuso recurso de apelación manifestando que, para la elaboración de la presente impugnación, se procedió a revisar la liquidación efectuada en primera instancia, en donde se logró evidenciar que la prestación económica tal y como quedó liquidada se encuentra conforme, en segunda medida se evidenció que la prestación económica está cancelada parcialmente, pues el pago se llevó a cabo solamente por valor de \$971.904. Así las cosas, la EPS adeuda un valor de \$155.471 y para que dicho pago se lleve a cabo el demandante deberá presentar la acreencia dentro del proceso liquidatorio de la EPS.

También aduce que resulta improcedente el pago de intereses moratorios teniendo en cuenta el proceso de liquidación forzosa administrativa en el cual se encuentra CAFESALUD EPS, el cual constituye una fuerza mayor generando una causal de exoneración de pagar cualquier sanción moratoria (fls. 57 a 59).

La **parte demandante** también interpuso recurso de apelación, en el cual señala que está de acuerdo con la decisión de acceder a las pretensiones de la demanda, pero no por el valor de \$155.471. Se liquidan 20 días, porque la incapacidad es prorrogada por ser continuación de la liquidación de fechas 14/07/2013-02/08/2013, el valor correcto que debe cancelar, se calcula tomando como referencia que la incapacidad es prórroga de la incapacidad de fechas 14/07/2013-08/08/2013, por lo que la totalidad de los días de la incapacidad debe ser asumidos por la EPS. Adicionalmente,

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

solicita se reconozcan intereses moratorios teniendo en cuenta que se anexó el oficio que se elevó a la demandada solicitando el pago de los mismos.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver las controversias anteriormente planteadas, es de advertir que en lo que respecta a la solicitud de reconocimiento de intereses moratorios que hace la parte actora, resulta improcedente como quiera que revisada la decisión de primera instancia el *a quo* accedió a los mismos tal como fue solicitado en el líbello demandatorio, siendo parte de lo ordenado en el ordinal quinto de la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2020.

Aclarado lo anterior, se tiene entonces; que los problemas jurídicos a resolver consisten en establecer si la liquidación de la incapacidad efectuada por el Juez es la correcta, si debe ordenarse a la parte actora que se haga parte del proceso liquidatorio de CAFESALUD EPS y si deben reconocerse intereses moratorios en proceso administrativo de liquidación forzosa.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019 y Decreto 1333 de 2018.

Liquidación incapacidad enfermedad general

No fue objeto de discusión por la parte demandante, el salario tomado por el *a quo* para liquidar la incapacidad por enfermedad general de la funcionaria MIREYA HERNÁNDEZ MUÑOZ, existiendo discusión en cuanto a los días que se tomaron la liquidar la incapacidad, cabe resaltar principalmente que los días de incapacidad solicitados en la demanda fueron del **5 de agosto de 2013 al 24 de agosto de 2013** y no del

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

14/07/2013-02/08/2013, como se indica en el recurso interpuesto, lo que sí resulta acertado es que correspondieron a 20 días de incapacidad como lo manifiesta el recurrente, los mismos que tomó en cuenta el sentenciador de primera instancia, sin embargo, de su liquidación se menciona que los días asumidos por el empleador correspondían a tres (3), frente al tema del pago de incapacidades de origen común, es bien sabido que si las mismas se expiden por un periodo de dos (2) días, dicha incapacidad se encuentra a cargo del respectivo empleador de conformidad con lo dispuesto en parágrafo primero del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, que dispone:

“En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”.

En tal sentido, no resulta acertado como lo pretende el apelante que la liquidación se realice tomando 20 días, ya que el empleador debía asumir los 2 primeros días, es decir, que el cálculo debió hacerse con 18 días, frente a lo cual se observa que el *a quo* realizó la liquidación tomando tan solo 17 días, por consiguiente, al efectuarse nuevamente las operaciones aritméticas con los días que realmente debía asumir la EPS arroja el siguiente valor **\$2.984.080x66,67%x18/30=\$1.193.691,68** que al descontarse el valor reconocido por la EPS de \$971.904, queda una diferencia por reconocer de **\$221.787,68**, por lo que habrá de modificarse la decisión de primera instancia en lo que respecta al reconocimiento de la diferencia de la incapacidad.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

Vinculación de la parte actora al proceso de liquidación de CAFESALUD EPS

Al respecto, se tiene que mediante Resolución 007172 de 2019, se ordenó por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios, al igual que la intervención forzosa administrativa para liquidar a CAFESALUD EPS S.A., el régimen jurídico aplicable a ese proceso liquidatorio se encuentra contenido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 2555 de 2010, y las demás normas que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

El artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2255 de 2010, establece que dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida, para los fines de su cancelación, cuyo aviso debe contener entre otras cosas, la citación de todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la aquí convocada, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

Igualmente, dicho emplazamiento deberá contener el término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado.

Ahora bien, por su parte el artículo 9.1.3.5.20 del Decreto 2255 de 2010, estableció el procedimiento en tratándose del cobro de sentencias contra la

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

entidad, cuando las mismas se encuentren en firme, para lo cual se dispuso:

«a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.»

De lo anterior, entiende la Sala que quien se considere con derecho a reclamar ante la entidad en liquidación, puede hacerse parte del proceso, dentro del término definido por la liquidación, a fin de hacer valer el crédito que radique en cabeza de la intervenida, lo cual en todo caso, será considerado como pasivo cierto no reclamado, si no se allega la respectiva reclamación de manera oportuna, o en caso de no reclamarse, siempre que se encuentre debidamente comprobado en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida. Igualmente, las sentencias proferidas en procesos iniciados con anterioridad a la toma de posesión de la entidad, que versan

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

sobre reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente, también serán pagadas como pasivo cierto no reclamado.

Bajo ese entendimiento, la Sala considera que la reclamación sobre el crédito adeudado por CAFESALUD EPS, se constituye en una facultad de su titular, quien en últimas es el llamado a decidir si hace efectivo o no su derecho en el proceso de liquidación. Por lo tanto, esta Corporación no es la llamada a ordenar a la parte actora hacerse parte de dicho proceso liquidatorio para reclamar el reembolso de la incapacidad, porque esta es una facultad que radica en cabeza de la parte interesada, quien en últimas debe decidir si hace efectivo su crédito o no.

Intereses moratorios en proceso administrativo de liquidación forzosa

Sostiene la parte demandada que los intereses moratorios que fueron impuestos por el *a quo* desconoce que la liquidación forzosa administrativa constituye una fuerza mayor, lo cual representa una causal de exoneración frente a cualquier sanción moratoria.

El artículo 64 del Código Civil contempla el caso fortuito o fuerza mayor como *“el imprevisto que no es posible resistir (...)”*. Así mismo, el artículo 1616 del Código Civil prevé: *“La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”*. De otro lado, sobre el tema el Consejo de Estado – Sección 4ª, en sentencia No. 25000-23-27-000-12248-01 del 25 de junio de 1999, señaló:

“No comparte la Sala la apreciación del Tribunal, puesto que como lo sostiene el Ministerio Público, la situación de intervención de la sociedad no puede considerarse configurativa de incumplimiento, ya que en este evento el no pago oportuno de la obligación debida tiene una causa legal derivada del proceso administrativo de liquidación forzosa, circunstancia de fuerza mayor que desvirtúa la situación aparente de mora, por lo que no hay lugar a la sanción moratoria pretendida por la actora con fundamento en el artículo 634 del Estatuto Tributario.”

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

En efecto, según el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, se llama fuerza mayor, el imprevisto a que no es posible resistir, como “los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público” y se define la mora del deudor, según la doctrina y la jurisprudencia, como “el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel”.

De acuerdo con el procedimiento establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el proceso de liquidación forzosa administrativa se inicia con el acto administrativo de toma de posesión expedido por la Superintendencia Bancaria, (art. 292), cuyos efectos son entre otros, la disolución de la institución de la cual se tomó posesión; la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida; la formación de la masa de bienes; la liquidación de su patrimonio; la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida (arts. 116 y 292).

Así las cosas si bien a partir de la providencia administrativa de toma de posesión, las obligaciones de plazo a cargo de la deudora intervenida se convierten automáticamente en exigibles, también lo es que aquella queda impedida legalmente para cumplir con el pago de las acreencias a su cargo, pues la satisfacción de éstas solo será posible en la medida en que se agoten los trámites procedimentales que la ley ordena para el proceso de liquidación forzosa administrativa, trámites que no dependen de la voluntad de la intervenida sino del funcionario liquidador designado para el efecto, quien a partir de la toma de posesión asume la calidad de administrador de los bienes de la sociedad, y a su vez está obligado a cumplir su gestión dentro de los límites legales. Ahora bien según el inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil “la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios”, luego si la toma de posesión por parte de la Superintendencia Bancaria implica la inmediata guarda de los bienes de la intervenida, la separación de sus administradores y su remplazo por el liquidador designado por la autoridad supervisora, es claro que tal medida constituye fuerza mayor a la que no puede resistirse la sociedad objeto de la misma, y esta circunstancia tal como lo declara la norma citada excluye el reconocimiento de intereses moratorios”.

De acuerdo a la sentencia en cita, se entiende que el proceso de liquidación forzosa constituye una fuerza mayor que imposibilita el pago de acreencias. No obstante, en el presente caso dicha causal de exoneración se configuró únicamente hasta el 31 de julio de 2017, momento para el cual se aprobó el plan de reorganización institucional presentado por CAFESALUD EPS a través de la resolución No. 2426 de 2017, de suerte que, no es dable que

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

sea exonerada al pago de intereses moratorios, pues la causal que indica la EPS se configuró 4 años después al nacimiento de la obligación, dado que la incapacidad solicitada corresponde al periodo comprendido entre el 5 de agosto al 24 de agosto de 2013.

De lo cual se concluye que sería procedente el reconocimiento de los intereses moratorios, pero estos deben ser limitados hasta el 31 de julio de 2017, fecha en que se aprobó el plan de reorganización institucional prestando por CAFESALUD EPS a través de la resolución 2426 de 2017, por lo que los mismos correrían entre la fecha en que se radicó la solicitud de reembolso de la incapacidad ante la EPS y hasta el 31 de julio de 2017, momento para el cual se dio apertura al proceso de liquidación forzosa administrativa, sin embargo, se observa que la reclamación presentada por la DIAN ante CAFESALUD EPS se radicó el 31 de agosto de 2017 (fl.7), fecha posterior a la apertura de liquidación, lo cual conlleva a establecerse que no resulta procedente el reconocimiento de los mismos, pues no es posible predicar una sanción posterior a dicha calenda, en su lugar se condenará a la indexación, por cuanto la misma tiene como finalidad la de aminorar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda como consecuencia del paso del tiempo, como así lo expresó la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL359-2021.

Conforme a lo anterior, y sin más consideraciones, se **MODIFICARÁ y REVOCARÁ PARCIALMENTE** el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

República de Colombia*Tribunal Superior Bogotá**Sala Laboral*

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia apelada, en el sentido de ordenar a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a pagar a pavor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- la suma de \$221.787,68, por concepto de las diferencias en el reembolso de incapacidad médica general de la funcionaria MIREYA HERNÁNDEZ MUÑOZ del periodo comprendido entre el 5 de agosto de 2013 al 24 de agosto de 2013, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal quinto de la sentencia apelada, en lo que respecta a la condena de intereses moratorios, en su lugar, se ordena a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN a cancelar los valores adeudados debidamente indexados.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia

Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202101187-01



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SARLY ELEUTERIA VARGAS
MERCHAN contra CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR
“COLSUBSIDIO”**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA

Solicita la señora **SARLY ELEUTERIA VARGAS MERCHAN** se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, se **declare** que el contrato se ejecutó entre el 17 de junio de 2005 hasta el 13 de febrero de 2017, se **declare** que el contrato terminó por culpa del empleador, se **declare** que la jornada laboral era la comprendida entre los días lunes a sábado de 5:30 a.m. a 3:00 p.m. Como consecuencia, se **condene** a la empresa demandada a pagar el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y prima legal de los años 2014 a 2017, se **condene** a la demandada a pagar compensación en dinero de las vacaciones del años 2017, se **condene** a la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, se **condene** a la indemnización por despido sin justa causa, se **condene** a que la indemnización por despido sin justa causa sea debidamente indexada, se **condene** al pago de costas y gastos del proceso; y se **condene** extra y ultra petita (**fls. 12 a 13**).

Como **hechos** fundamento de sus pretensiones (**fls. 4 a 12**) se señalaron, en síntesis, que laboró en la empresa demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido con fecha de vinculación 17 de junio de 2005, que el 9 de marzo de 2007, se firmó un nuevo contrato de trabajo, que fue el último que se elaboró hasta la fecha de desvinculación de la empresa, que la actividad desarrollada por la demandante fue la de auxiliar de tienda II, tienda Quiroga, que el salario devengado fue de \$1.247.600, la jornada laboral era de 5:30 a.m. a 3:00 p.m., que debía cumplir unas metas mensuales de ventas de \$110.000.000, exigencia hecha por parte del jefe de zona, señor José Augusto Cárdenas, que el día 10 de febrero de 2017, fue escuchada en audiencia de descargos por presuntamente haber trasgredido sus obligaciones y prohibiciones laborales de acuerdo al reporte disciplinario presentado por su jefe inmediato el 10 de febrero de 2017, porque se estaban presentando ventas a personal mayorista en la tienda Quiroga, que en las reuniones que hacía con el jefe inmediato, el mismo le autorizaba que hiciera las ventas al por mayor, le manifestaba que lo importante era atender muy bien a los clientes y sobre todo cumplir con las metas mensuales de ventas, por lo que accedió confiada a esa solicitud confiada en que no tendría ningún problema, además dichas ventas se hicieron cuando se encontraba fuera de su horario laboral y de vacaciones, el 13 de febrero de 2017, la empresa dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, que a la finalización del contrato el empleador solamente canceló el auxilio de cesantías por la suma de \$162.000, intereses a las cesantías en la suma de \$2.325, prima legal proporcional correspondiente al primer semestre de 2017 en la suma de \$162.171, compensación de vacaciones proporcionales en la suma de \$592.144, que solicitó en la inspección de trabajo y seguridad social audiencia de conciliación la cual se llevó a cabo el 27 de julio de 2017, pero no se llegó a ningún acuerdo.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR “COLSUBSIDIO”** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1, 4, 5, 16 y 18, los cuales tienen relación en que entre las partes existió un vínculo laboral, que el último contrato que se suscribió entre las partes el 9 de marzo de 2007, empezó a regir el 12 de marzo de 2007, que el último cargo desempeñado por la demandante fue el de auxiliar de tienda II en la tienda Quiroga, en que no canceló indemnización por despido

sin justa causa, por cuanto no le asiste derecho y en que fue citada a diligencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo la cual resultó fallida. En relación a los demás hechos señaló no ser ciertos y propuso como excepciones de fondo cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, pago de lo debido, buena fe, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demandante, ausencia de obligación en la demandada y prescripción **(fls. 61 a 74)**.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante audiencia pública celebrada el 31 de agosto de 2019, el Juez de primera instancia indica que, al no haber comparecido la demandante al interrogatorio de parte decretado a favor de la parte demandada, la declaraba confesa de las preguntas 1 a 7, 9, 11, 12 y 16 del formulario de preguntas allegado por la parte accionada (fl.199), procediendo a cerrar el debate probatorio. Seguidamente dictó sentencia en donde **declaró** que entre la demandante y COLSUBSIDIO se suscribieron dos contratos de trabajo, así: el primero, entre el 17 de junio de 2005 y el 20 de febrero de 2007, y el segundo; entre el 12 de marzo de 2007 al 13 de febrero de 2017, fecha en la cual finalizó el vínculo laboral con justa causa por parte de la demandada, **declaró** probada la excepción de inexistencia de las obligaciones propuestas y **condenó** en costas a la parte actora en la suma de \$500.000 **(CD fl. 225)**.

Como **argumento de su decisión** el *a quo* refirió que había existido discusión en cuanto los extremos de la relación laboral, por lo que al acudir al material probatorio se pudo establecer que existieron dos contratos celebrados entre la demandante y la demandada, el primero; entre el 17 de junio de 2005 al 20 de febrero de 2007 y el segundo, entre el 12 de marzo de 2007 al 13 de febrero de 2017.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, el sentenciador hace alusión a las pruebas aportadas por las partes, entre las cuales se encuentran, carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa con fecha del 13 de febrero de 2017, en la cual se le comunica a la demandante la terminación del vínculo por haber transgredido obligaciones y prohibiciones laborales al ser negligente en su cargo de auxiliar de tienda II, por no garantizar que se cumpliera la política de venta al por mayor a clientes mayoritarios en el mes de

noviembre y diciembre de 2016; y enero de 2017, irregularidades confirmadas por el equipo de trabajo que estaba bajo su responsabilidad quienes manifestaron que era ella quien autorizaba la venta al por mayor, se aportó documento denominado política de venta suscrito por la señora Gloria Arango Jiménez jefe de seguridad social de COLSUBSIDIO.

En cuanto a la diligencia de descargos rendida por la demandante, señala el *a quo* que de la misma se desprende que la demandante tenía pleno conocimiento de las políticas de ventas, lo que adicionalmente se confirma con la declaratoria de confeso específicamente frente a estas preguntas elaborados en el cuestionario que aparece a folio 199 del expediente, también se aportó acta de descargos practicado a la señora WENDY SÁENZ CARRILLO quien manifestó haber laborado con la demandante en el mismo lugar e indicó que también conocía la política la oferta de los productos y como se hacía su venta, de igual manera, dijo que las ventas se hicieron con autorización de la encargada que es la auxiliar de tienda, lo cual también corroboró otro de los trabajadores llamados a declarar, en ese orden, las pruebas analizadas demostraban que las causales invocadas por el empleador en la carta de terminación del contrato efectivamente se configuraron y constituyeron una violación a las políticas de COLSUBSIDIO, las cuales eran de pleno conocimiento de la demandante razón por la cual el despido se dio con justa causa y ajustado a la norma legal que allí se invoca.

En cuanto al pago de las acreencias laborales solicitadas, indica el Juez que en relación a las cesantías obra formulario de afiliación de la demandante al FNA con fecha 27 de agosto de 2010, igualmente existe carta de febrero de 2017, dirigida al FNA en la que se indicó que el valor de las cesantías de la demandante fueron consignados por la corporación en su debida oportunidad y de la misma forma reposa el comprobante de nómina del mes de febrero de 2017, en la que se reporta el pago de cesantías proporcionales a 2017, en cuanto a los intereses en las cesantías correspondiente a 2014-2017, se encuentra comprobantes de nómina que demuestran que los mismos sí se pagaron, lo mismo ocurre con las primas solicitadas, y las vacaciones, sin que se acreditará un salario superior al que se encuentra relacionado en la liquidación final de prestaciones sociales, suma con la cual fueron liquidadas las diferentes prestaciones y que a su vez es la suma reconocida por la atora como último salario devengado en el hecho 6 de la demanda.

CONSULTA

La parte demandante no interpuso recurso de apelación, por ende, la decisión es enviada a este Tribunal a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión determinar si se encuentra plenamente comprobada la justa causa alegada por COLSUBSIDIO para dar por terminado el contrato laboral a la demandante, en caso de no estarlo, si debe reconocerse la indemnización por despido sin justa causa. Así mismo, se analizará si se adeudan acreencias laborales por parte de la accionada.

Existencia de la relación laboral

No existe controversia frente a la relación laboral que ató a las partes, la cual correspondió a dos contratos de trabajo, el primero, entre el 17 de junio de 2005 y el 20 de febrero de 2007, a través de un contrato de trabajo a término fijo (fl.29) y el segundo; entre el 12 de marzo de 2007 al 13 de febrero de 2017 (fl.30), que inició también como un contrato de trabajo a término fijo, pero que posteriormente, pasó a un contrato a término indefinido por acuerdo entre las partes a través del *otro sí* celebrado el 6 de octubre de 2008 (fl.111), de igual manera, no existe discusión en cuanto a que la demandante se desempeñó como auxiliar de tienda II, en la tienda Quiroga (fl.113), devengando como último salario la suma de \$1.247.600 (fl.100).

TERMINACIÓN DEL CONTRATO CON JUSTA CAUSA

Bien es sabido por la Jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral que es al trabajador a quien le incumbe probar el hecho del despido, y al empleador la justa causa que alega para dar por terminado el vínculo, tal como se señaló en la sentencia SL15094-2015. Con base en este razonamiento jurídico, el juez

de primera instancia consideró que se encontraba probada la terminación del contrato mediante la carta de despido visible a folios 34 a 35, en la cual se le atribuye a la demandante no haberle garantizado a COLSUBSIDIO que cumpliera con la política de no vender al por mayor, al autorizar ventas a clientes mayoristas, durante los meses de noviembre y diciembre de 2016; y enero de 2017, irregularidades de las que el equipo de trabajo que estaba bajo su responsabilidad afirmó que fue la actora quien impartió la instrucción de vender al por mayor. Incumpléndose con las causales previstas en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 58, numeral 1 y 8 del artículo 60, y numeral 2, 4, 5 y 6 del literal A del artículo 62 del CST. Así como los numerales 1 a 7, 9, 22, 23, 24, 33, 35 y 40 del artículo 48, numerales 1, 2, 12, 13, 17 y 50 del artículo 50, numerales 1, 3, 4, 6, 14, 18, 19, 20, 25, 41, 53 y 58 del artículo 55 (faltas graves) del reglamento interno de trabajo.

En cuanto a la calificación de la falta, ha precisado la CSJ Sala de Casación Laboral que son las partes mismas las llamadas a calificar en primera medida la gravedad de una conducta en los términos del numeral 6° del literal a) del artículo 62 del CST, que dicha normatividad comprende además dos hipótesis para la configuración de una justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por el empleador, tales como: cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo; **o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos**, siendo este último escenario el ocurrido en el caso *sub examine*, pues las faltas que le son imputadas a la actora se encuentran en el artículo 55 del reglamento interno de trabajo que corresponden a hechos que constituyen faltas graves y que pueden dar lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, que son:

- 1. “Incumplir o violar una o cualquiera de las obligaciones o prohibiciones contractuales o reglamentarias.*
- 3. Sustraer cualquier elemento elaborado o en proceso de elaboración, o materia prima de las instalaciones de Colsubsidio, o los dineros producto de las operaciones que realiza la entidad o de los usuarios y afiliados. De la misma manera, los bienes que pertenecen a la Corporación o a sus compañeros.*
- 4. Disponer de elementos de trabajo, dinero, artículos o productos de Colsubsidio sin autorización de esta; o ser sorprendidos al intentar sacar materiales o productos de la entidad.*

6. *Negarse a cumplir las órdenes que los superiores jerárquicos le den en el desempeño del oficio.*

14. *Incumplir las obligaciones protocolos y/o políticas o violar alguna de las prohibiciones que por las exigencias en la prestación del servicio indique Colsubsidio o que correspondan al trabajador en virtud de sus funciones y del cargo que ejecuta; al igual que el incumplir las obligaciones y prohibiciones conexas, anexas y complementarias a tales funciones y cargo.*

18. *cualquier acto grave de negligencia, descuido u omisión en que incurra el empleado en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, tal como dejar abierta la bóveda de valores, dejar conocer las claves, facilitar contraseñas o usuarios puestas a su responsabilidad, etc.*

19. *cualquier falta u omisión en el manejo de los dineros, efectos de comercio y valores que el empleado reciba, tenga en su poder o maneje en su labor; o que el empleado disponga de ellos en su propio beneficio o en el de terceros, o que no rinda cuenta del manejo de tales dineros, valores o efectos de comercio, de acuerdo con los sistemas y procedimientos establecidos por Colsubsidio o en la oportunidad en que debe hacerlo.*

20. *cualquier daño que, por culpa, negligencia, descuido o por el desobedecimiento de órdenes, cause el empleado en los elementos, maquinarias, equipos, vehículos o materiales puestos bajo su cuidado para el ejercicio de su cargo.*

25. *no avisar de inmediato al superior respectivo la pérdida de cualquier documento de Colsubsidio o sus usuarios que se encuentren en poder de la Corporación.*

41. *aprovecharse de su cargo para favorecerse a sí mismo o a un tercero en el reconocimiento, pago o beneficio en servicios, promociones, dineros, productos o cualquier otro que defina Colsubsidio tendiente a la fidelización de clientes y/o usuarios.*

53. *omitir informar de manera inmediata a Colsubsidio toda situación que pueda afectar los intereses, bienes y dineros de la Corporación.*

58. *incumplir total o parcialmente las políticas de seguridad informática, seguridad industrial y salud ocupaciones, códigos de ética, transparencia y buen gobierno corporativo, políticas corporativas y/o normas que, sobre confidencialidad o demás normas, circulares que defina o tenga definidas Colsubsidio para sus trabajadores”.*

Dentro del plenario, se aportó diligencia de descargos efectuado a la demandante de donde se destacan las siguientes preguntas y respuestas:

1. **“Preguntado:** *reconoce usted la importancia de su cargo como auxiliar de tienda II, tienda Quiroga, porque como auxiliar tienda II, tiene la obligación laboral de garantizarle a COLSUBSIDIO que se cumplan las políticas de la compañía, usted tiene claridad, que no se debe realizar ventas de mercancía en dinámicas comerciales mayoristas.*

Contestó: *sí, claro.*

2. **Preguntado:** *es usted consiente de que COLSUBSIDIO manifiesta que, dentro de su política precisa, que cuando un producto esta ofertado o en dinámica, solo se pueden vender cinco unidades y en el caso de electrodomésticos solo son dos unidades, precisamente para garantizar el cumplimiento de esa política*

Contestó: *sí claro, con la tarjeta multiservicios y cualquier medio de pago.*

3. **Preguntado:** Como explica usted que en la tienda Quiroga, se presentaron registros a mayoristas en dinámicas comerciales, siendo usted la encargada de este negocio.

Contestó: mientras me encuentro en la tienda superviso la venta, verificando que cumpla con los parámetros de la corporación, cuando no estoy no puedo verificar lo que hacen mis auxiliares.

8. **Preguntado:** Usted manifiesta que en la tienda se le ha realizado venta a mayoristas.

Contestó: sí, es una tienda que se conoce con los mayoristas y trato de no incurrir en la venta de ellos. Aclaro que ellos tienen la tarjea multiservicios, mientras ellos cumplan la política corporativa hay que vender, no puedo ir en contra de la corporación ni con el servicio al cliente.

10. **Preguntado:** Informe si es consiente de que sus incumplimientos laborales pueden eventualmente constituir justa causa de terminación de su contrato de trabajo.

Contestó: sí, pero también estoy en contra de ellos, pero si nosotros tratamos de cumplir los indicadores de una tienda y mantener la tienda, debemos pensar en la venta en el cupo crédito, otorgado por ella misma.

11. **Preguntado:** Informe por qué todo el personal que está bajo su cargo manifiesta que usted autoriza las ventas a mayoristas.

Contestó: no la autorizó, verifico que sean cinco unidades, como lo dice la corporación”.

Por otra parte, la empresa aportó a folio 77 política de venta donde se establece que solo se venderán máximo 5 unidades de una misma promoción por cliente, para productos de electrodomésticos solo de aceptará por cliente la venta máxima de 2 unidades, también se encuentra diligencia de descargos realizada a WENDY PAOLA SAENZ CARRILLO Y ANDERSSON STEVEN FORERO, ambos quienes coincidieron en señalar que efectivamente se presentaron registros a mayoristas en dinámicas comerciales, afirmando que la orden era dada por la jefe SARLY VARGAS (fls. 115 a 117 y 221 a 222).

Del caudal probatorio reseñado, se encuentra plenamente probado que efectivamente existe dentro de la compañía un limite de ventas de productos de promoción, que de no cumplirse por parte de los trabajadores afecta la sostenibilidad financiera de la empresa y por consiguiente, constituye justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, lo cual era plenamente conocido por la demandante como lo reconoció en la diligencia de descargos y como lo confirmaron los otros declarantes quienes también fueron llamados a diligencia de descargos y quienes eran sus subalternos, se allegó también registros de las ventas realizadas en los meses de octubre a diciembre de 2016 y enero de 2017, en la tienda donde laboraba la demandante y donde se concluyó que para ese periodo se registran 81 ventas por parte del señor CRISTIAN CASALLAS BERNAL (fls. 255 a 259).

Notando la Sala que aunque la actora reconoce que se hicieron dichas prácticas que se encuentran prohibidas en la empresa, arguye que ello no sucedió por autorización suya, sino que se hizo durante su ausencia, incluso mientras disfrutaba de sus vacaciones, a pesar de que en el escrito demandatorio reconoce que sí tuvo conocimiento de que fueron permitidas dichas ventas, pero recalca que lo hizo en cumplimiento de las metas por ventas impuestas por la empresa y por orden de su jefe inmediato JOSÉ AUGUSTO CÁRDENAS, sin embargo, al revisarse cada una de las pruebas arrimadas al plenario no encuentra la Sala ningún soporte que acredite su dicho, pues no existe constancia que efectivamente dichas ventas se hicieron durante el tiempo que gozaba de vacaciones, ni tampoco existe constancia de que sus vacaciones duraron 3 meses, que fue el tiempo en que se hicieron las prácticas de ventas irregulares, no se demostró tampoco la existencia de una meta de ventas impuestas por parte de la empresa demandada, ni que la orden de venta a mayoristas fuera dada por el señor JOSÉ AUGUSTO CÁRDENAS, que si hubiere sido así, tampoco justificaba el actuar de la demandante, pues si conocía de antemano que no podía realizar dichas practicas no debió permitir que se hiciera por ninguno de los trabajadores de la empresa, ni siquiera de su superior, siendo su deber informar directamente a la compañía, pues claramente afectaba sus intereses económicos.

Aunado a que la demandante, tampoco compareció a diligencia de interrogatorio de parte, siendo declarada confesa sobre los fundamentos que motivaron el despido, tampoco hizo el deber de que se llevará a cabo la prueba testimonial, aspectos que le hubieran permitido verificar las afirmaciones dadas en la demanda, por lo tanto, al no encontrarse elementos probatorios que demuestren que efectivamente las ventas a mayoristas no fueron autorizadas por ella y que se hicieron sin su consentimiento, no tiene más camino esta Corporación que **confirmar** la decisión de primera instancia, pues como bien se ha señalado, las probanzas que militan en el expediente dan razón a las justas causas que motivaron el despido de la demandante.

Acreencias laborales adeudadas

Cesantías: la demandante reclama el pago de las cesantías de los años 2014 a 2017, para demostrar el pago de las mismas, la empresa demandada aportó

carta dirigida al FNA donde le informa que la demandante laboró para la compañía hasta el 13 de febrero de 2017 y que consignó durante la vigencia de su relación laboral las mismas, a folio 153 se encuentra formulario de afiliación al FNA y como bien lo indicó el *a quo*, se encuentra también comprobante de nómina (fl.97) donde se acredita el pago proporcional del año 2017, sin que de las mismas la parte actora haya manifestado que existan diferencias por cancelar.

Intereses a las cesantías: se reclaman los correspondientes a los años 2014 a 2017, que como bien lo advierte en sentenciador de primera instancia también cuentan con soporte de pago por parte de la accionada, al allegarse desprendibles de nómina de 2015 a 2016, donde se encuentran incluidas las mismas y las proporcionales del año 2017, en la liquidación final de prestaciones (fls. 84 a 97).

De la misma manera ocurre con las **primas legales** que se reclamaron de los años 2014 a 2017 y **vacaciones** del año 2017, pues existe constancia de cancelación a folios 80 a 97, correspondiente a los desprendibles de nómina donde se reporta el pago de ésta durante la vigencia reclamada y en la liquidación final de prestaciones (fl.97), también se reporta el valor del año 2017. Todas estas acreencias que se efectuaron conforme al salario base reconocido por el empleador, sin que obra constancia o acreditación de mayores valores.

Sin más consideraciones se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

SIN COSTAS en esta instancia, por tratarse del grado jurisdiccional consulta.

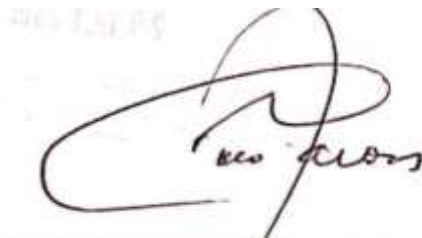
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo consultado, proferido por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIME JOSÉ GARAVITO SUAREZ contra
G4S CASH SOLUTIONS COLOMBIA LTDA**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

El señor **JOSÉ GARAVITO SUAREZ** solicita se **declare** que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de marzo de 1998 hasta el 22 de mayo de 2015, se **declare** que se desempeñó como supervisor de transporte de valores 2, se **declare** que debe reconocerse y pagarse reliquidación de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa con las funciones del cargo en mención, se **declare** que debe reliquidarse las demás prestaciones recibidas. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la empresa demandada a reliquidarle la indemnización por terminación del contrato de trabajo, se **condene** a reliquidarle cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, se **condene** a la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, respecto al no pago de prestaciones sociales, se **condene** a la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se **condene** a la indemnización por el no pago de los intereses a las cesantías, se **condene** ultra y extra petita; y se **condene** al pago de costas y agencias en derecho (fls. 5 -6 y 90).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls.4 a 5 del plenario en los cuales se señalaron; que laboró para la sociedad demandada desde el 5 de marzo de 1998, desempeñándose en el cargo de supervisor sucursal transporte de

valores 1, devengando como salario la suma de \$1.276.131, pero adicionalmente, también ejercía funciones de supervisor sucursal de transporte de valores 2, cargo que tenía un salario mayor, reflejándose un detrimento en su salario teniendo en cuenta que desempeñaba distintas labores, que el 22 de mayo de 2017, fue comunicado de la decisión unilateral de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, que fue diagnosticado con hipoacusia neurosensorial el 6 de mayo de 2015, según consta en el certificado médico No. 60688 expedido por la IPS, que al momento del retiro padecía y aún padece hipoacusia neurosensorial, bilateral en relación a traumatismo acústico por exposición a ruido intenso.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La empresa **G4S CASH SOLUTIONS COLOMBIA LTDA** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser cierto el numeral 4 que tiene relación con la fecha de terminación del contrato sin justa causa por parte de la empresa, en cuanto a los demás hecho señaló no constarle los numerales 5 y 6; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, buena fe, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, prescripción, improcedencia de sanción moratoria y genérica (fls. 108 a 127).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 30 de julio de 2019, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y **condenó** en costas a la parte actora en la suma de \$300.000 (CD fl. 312).

Como **argumento de su decisión** señaló la *a quo* que el problema jurídico en el presente asunto consistía en establecer si el actor se había desempeñado en el cargo de supervisor de valores 2 cargo, sin embargo, en la demanda no se determinaron las funciones o responsabilidades del cargo, tampoco se indicó el salario asignado, ni se indicó que funciones tenía el supervisor sucursal transporte 2, aunado a ello la empresa demandada en su contestación precisaba que no existe el cargo supervisor sucursal transporte 2, empero se aportó registro del cargo supervisor transporte valores 2, sin que se encuentre probado el periodo de existencia del cargo y las funciones asignadas, la única referencia es el interrogatorio absuelto por la

demandada quien refirió que el supervisor transporte 2 tenía en su cargo la coordinación con equipos de trabajo derivada de la planeación del respectivo superior jerárquico, mientras que el supervisor transportes 1 tenía a su cargo la planeación de la operación de seguridad, pero el demandante en diligencia de interrogatorio de parte indicó que a su ingreso a la sociedad demandada se desempeñó como tripulante y con posterioridad como supervisor 1, cargo que desempeñó por 15 años, con funciones de controlar horas de ingreso del personal, ausencias, incapacidades, presentar reportes al coordinador supervisor valores y coordinar y controlar servicios de entrega; y recolección solicitados por los clientes, funciones que corresponden a labores asignadas al cargo supervisor sucursal de transporte valores 1, lo cual se evidencia con las documentales aportadas.

No obstante, el accionante no probó el supuesto de hecho alegado en la demanda, es decir, que hubiere desempeñado funciones propias del cargo de supervisión transporte valores 2 durante un periodo de tiempo determinado, concluyendo la sentenciadora que la deficiencia probatoria advertida conduce a desestimar las suplicas de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación manifestando que se vulneró el derecho constitucional de la igualdad que tiene el demandante como el principio del derecho laboral de “*a trabajo igual salario igual*”, como lo indica la sentencia T-018 “*se reitera que esta corporación ha señalado que el derecho a la igualdad no planea igualdad matemática, sino una igualdad real que busca el trato igual a personas que se encuentran en las mismas condiciones y que se justifica en un trato diferente solo cuando se encuentra bajo distintas condiciones, con base en este derecho fundamentalmente contenidas en la carta política es que se ha dado el desarrollo del principio de trabajo igual a igual salario, no se puede dar un trato discriminatorio entre los trabajadores en el complemento de las mismas labores en sí y de las responsabilidades del objeto de la presente sentencia (...), frente a esto hay un trato discriminatorio entre las labores que se desarrollan en las mismas actividades*”.

En el desarrollo del contrato de trabajo no fue realizado de buena fe por parte la demandada, por lo que se controvierte un contrato realidad, de igual forma el cargo por el cual se desempeñó el demandante que era un salario más prestaciones

sociales, más las demás prestaciones como se indicó en la etapa probatoria y como se demostró que era el cargo de Supervisor 2. Así las cosas, se ha tenido claridad en la parte demandante que señala una responsabilidad en los cambios del empleador, toda vez que señala el artículo 66 y 67 CST, consistente en la sustitución patronal no se extiende con las mismas obligaciones suscritas del contrato de trabajo, el demandante siempre ha tenido claro que su condición laboral fue variada, de lo cual se está dando una condición laboral planteada de la misma manera como lo fue el supervisor 2.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De conformidad con el recurso de alzada, corresponde a esta Sala de decisión determinar si el demandante se desempeñó en el cargo de Supervisor 2, cargo que tiene un mayor salario al percibido, en consecuencia, si debe reliquidarse la indemnización por despido sin justa causa que le fue reconocida y las demás prestaciones que le fueron canceladas durante la vigencia de la relación laboral.

Contrato laboral

No es materia de controversia la relación laboral que ató a las partes, que inició a través de un contrato laboral a término indefinido el 5 de marzo de 1998, con la empresa WACKENHUT DE COLOMBIA S.A. para desempeñarse en el cargo de tripulante, posteriormente, mediante acuerdo de cesión de contrato del 1º de agosto de 2008, operó la sustitución patronal pasando hacer el empleador GROUP 4 SECURICOR TRANSPORTADORA DE VALORES LTDA y después se desempeñó en el cargo de supervisor de transporte de valores 1, tampoco existe controversia en cuanto a que fue despedido sin justa causa el día 22 de mayo de 2015, recibiendo una indemnización por parte del empleador en la suma de \$33.721.299, como consta en las documentales que militan a folios 128 a 136 del expediente.

Nivelación salarial

Sostiene el demandante que durante la vigencia de la relación laboral ejerció funciones del cargo de supervisor de transporte de valores 2, cargo que ostenta un mayor salario, por lo tanto, lo que pretende es una nivelación salarial. Al respecto, ha sostenido la jurisprudencia laboral que al trabajador le corresponde probar el

trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación, estableciendo textualmente en sentencia SL1503-2016, reiterada en las sentencias SL 14349-2017 y SL 3688 de 2020, lo siguiente:

“Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575. (Negrillas fuera del texto original).

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. **En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato.** CSJ SL 17442 de 2014. (Negrillas fuera del texto original)”.

Como pruebas documentales el demandante aportó (fls.16 a 87):

- comprobante histórico de pago 23/09/2017.
- solicitud de asistencia para implementar certificado de aptitud psicofísica para el porte y tenencia de armas de fuego.
- solicitud de aportes clínicos y/o valoración profesional externo.
- carta de terminación del contrato del 22 de mayo de 2015.
- examen médico de retiro.
- liquidación de contrato de trabajo.
- organigrama de las funciones ejercidas en la empresa G4S CASH SOLUTIONS COLOMBIA LTDA.
- Evaluación del perfil del cargo.
- historia clínica.
- constancia de entrega de dotación cargo supervisor de transportes 1.
- certificación expedida por el empleador del 26 de junio de 2007, en el cargo de supervisor de transportes 1.
- certificación expedida por la empresa del 5 de junio de 2015, en el cargo de supervisor de transvalores.
- derecho de petición radicado ante la empresa de fecha 5 de abril de 2017.

- derecho de petición radicado ante el Ministerio del Trabajo de fecha 10 de abril de 2017.
- liquidación final de prestaciones.
- comprobantes de salarios y prestaciones sociales.
- copia contrato laboral.

En **interrogatorio de parte rendido por el representante legal** de la compañía, éste manifiesta que el cargo de supervisor de valores 2 fue creado en mayo de 2015 y después se suprimió por una reestructuración al interior de la compañía, que no existieron salarios diferentes, que todos los supervisores ostentaban el mismo salario, la diferencia radicaba en sus funciones. Por otro lado, el **actor en su interrogatorio** manifestó que entre sus funciones se encontraba digitar y analizar los indicadores del área, controlar la hora de ingreso del personal, ausencias e incapacidades y presentar reporte al coordinador de valores y coordinar; y controlar el servicio de entrega y recolección solicitados por los clientes.

Revisada la evaluación del perfil del cargo supervisor de transporte de valores 1, que milita a folio 143 del expediente, se encuentra relacionadas las siguientes funciones:

- Planeación de la operación de transporte de valores.
- Digitar y analizar los resultados de los indicadores del área.
- Controlar la hora de ingreso del personal, ausencias y presentar reporte al Coordinador Sucursal de Transporte de valores.
- Atención telefónica de las solicitudes de servicio y queja de reclamos de los clientes.
- Coordinar y controlar la atención de los servicios y entregas solicitadas por los clientes.
- Aplicación de claves asignadas.
- Apertura y cierre de las instalaciones.
- Garantizar el correcto diligenciamiento de los documentos utilizados en la operación.
- Identificar factores que propendan a la optimización del recurso operativo (control de horas extra, adecuada distribución de rutas, utilización de recursos).
- Realizar las funciones asignadas como brigadistas.

Como bien se puede apreciar de las pruebas reseñadas, de ellas no se colige el trato discriminatorio en que funda el demandante su reclamación, pues tan solo se limitó a afirmar que había desempeñado funciones del cargo de supervisor transporte de valores 2, sin especificar ni en la demanda, ni en su declaración de parte cuáles fueron esas funciones que realizó distintas a las de su cargo, de lo contrario, afirmó las funciones correspondientes a su cargo, tampoco se refirió a la existencia de otras personas que ejecutaran iguales tareas a las que él realizaba bajo el cargo de

supervisor transporte de valores 2, que permitiera presumir un trato diferenciado por parte de empleador.

Siendo lo anterior un aspecto importante para determinar la existencia de una desnivelación salarial, pues como bien lo precisa la jurisprudencia Laboral *“uno de los elementos para materializar el principio de “igualdad salarial” es que exista una discriminación en la remuneración respecto de otro u otros empleados que están realizando la misma actividad, en idénticas condiciones de eficiencia, intensidad y calidad”*, aunado a que tampoco quedó probado que entre el cargo con el cual se pretende la nivelación salarial tuviera una remuneración distinta. Adicionalmente, el recurrente tampoco hizo una explicación fundamentada tendiente a demostrar que los elementos de probatorios allegados al plenario efectivamente demostraban la discriminación salarial que alega, pues solo se limitó en la argumentación de su recurso a indicar que había quedado demostrado que había ejercido las funciones del cargo de Supervisor 2, sin precisar cuáles fueron esos elementos probatorios que conllevan a dicha aseveración, a fin de confrontar la decisión de primera instancia.

Así las cosas, no tendrá más esta Sala de decisión que **confirmar** la decisión de primer grado.

COSTAS:

COSTAS a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

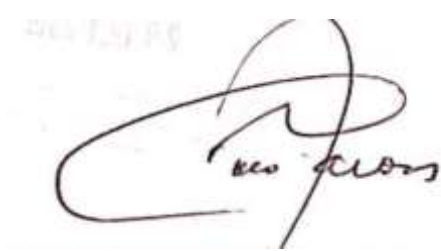
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte actora.

Notifíquese y cúmplase

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

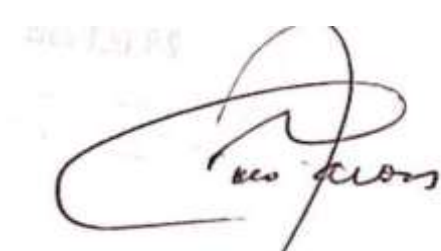


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de parte demandante en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ZENaida EDITH SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
contra PIXEL GROUP NET SAS**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A**LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

La señora **ZENaida EDITH SÁNCHEZ RODRÍGUEZ** solicita se **condene** a la empresa demandada al reconocimiento de la suma de \$28.219.433 por concepto de salarios adeudados por el tiempo trabajado, se **condene** a la suma de \$4.429.200 por concepto de prima de servicios por el tiempo laborado, se **condene** a la suma de \$2.602.363 por concepto de auxilio de cesantías por el tiempo laborado, se **condene** a la suma de \$1.508.272 por concepto de intereses a las cesantías por el tiempo laborado, se **condene** a la suma de \$1.695.833 por concepto de compensación en dinero de vacaciones por el tiempo laborado, se **condene** a la suma de \$3.617.700 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, se **condene** a la suma de \$32.594.906 por concepto de indemnización moratoria por el periodo del 13 de septiembre de 2017 al 1º de abril de 2018 y hasta que se verifique el pago de las obligaciones, se **condene** a pagar la suma de \$410.000 por concepto de factura médica del 24 de agosto de 2017, se **condene** a la suma de \$23.437.260 correspondiente a 30 SMLMV o la suma que el Juzgado considere conveniente por daño moral y por pérdida de oportunidad, se **condene** a la indexación de todas las obligaciones, se **condene** ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fl.8 a 9).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 8 del plenario en los cuales se señalaron en síntesis que fue contratada como escritora el 10 de octubre de 2014, a través de un contrato de trabajo a término fijo por tres meses, en la modalidad de teletrabajo hasta el 10 de enero de 2015, que el término de dicho contrato de prorrogó automáticamente y finalmente se pactó a término indefinido, que el salario estipulado fue de: \$1.300.000 del 10 de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, de \$1.365.000 del 1° de octubre de 2015 al 31 de diciembre de 2015, de \$1.400.000 del 1° de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016 y de \$1.500.000 del 1° de enero de 2017 al 13 de septiembre de 2017, que el contrato suscrito entre las partes indicaba que debía realizar sus labores en jornada de medio tiempo, que en el contrato se especificó que si no completaba 90 horas mensuales por falta de asignación de tareas, debía recuperar el tiempo faltante en los siguientes meses, teniendo que laborar incluso más de 90 de horas en algunas oportunidades, que debía permanecer en total disponibilidad de tiempo para atender a todos los requerimientos que le formulara el empleador durante la ejecución del contrato laboral y no podía desarrollar trabajos que tuviera el mismo objeto social de la entidad, que la empleadora en reiteradas oportunidades manifestó que la demandante le adeudaba horas de trabajo y que solamente le pagaría las horas que había trabajado, por lo que, si quería obtener el salario normal acordado, debía reponer el tiempo faltante, que durante la ejecución del contrato las partes pactaron alguna cláusula de exclusión salarial por algún concepto que facultara a la demandada al no pago de salarios mensuales y prestaciones sociales, que de forma discontinua e inestable ha recibido por parte de la empleadora abonos parciales de dinero como pago de salarios y prestaciones sociales adeudadas, pero no el valor total acordado legalmente dentro del vínculo laboral, que la empresa demandada reconoce que le adeuda dineros por concepto de salarios mensuales, prestaciones sociales, salud y liquidación del contrato, que el 7 de septiembre de 2016, le expresó a la empresa demandada su intención de retirarse, pero como no se concretó el retiro, se mantuvo vigente el contrato laboral sin ninguna variación, que el 31 de marzo de 2017, la señora CAROLINA ÁVILA envió comunicación vía correo electrónico en la que le propuso la figura de licencia no remunerada mientras el flujo de caja se estabilizará, en los meses de abril, mayo y junio se le disminuyó el valor del salario de \$1.500.000 a \$737.717, a partir del mes de julio de 2017, la empleadora dejó de hacer aportes a seguridad social, en el mes de agosto de 2017, solicitó telefónicamente una cita médica a COMPENSAR EPS, pero fue informada de que se encontraba en estado inactivo, debido a que la empresa no había efectuado aportes durante los últimos 4 meses, que el 24 de agosto, le solicitó a su empleador que asumiera el pago de \$410.000 por

servicio médico privado al que había acudido por enfermedad de origen común, accediendo la demandada a pagar dicha deuda, que el día 13 de septiembre de 2017, la demandada le notificó a través de un correo electrónico los siguiente: *“la licencia no remunerada de 4 meses ya pasaron, no puedo seguir pagando más seguridad social en este momento, y menos después del último suceso que no te atendieron, tampoco hay opciones de seguir con el contrato porque como te diste cuenta en estos 4 meses la situación de la empresa no mejoró. Debes realizar el trámite de afiliación como independiente a la seguridad social, nosotros estamos a la espera de que un cliente nos pague pronto para hacerte un abono y que con eso pueda comenzar a pagar como independiente y si todo con trainingplan sale según vamos, ya el otro mes te podríamos pagar la liquidación”*, que el 17 de septiembre de 2017, radicó derecho de petición solicitando copia de la presunta renuncia, la demandada respondió mediante oficio del 9 de octubre de 2017, diciendo que la renuncia se había efectuado a través del correo electrónico del 7 de septiembre de 2016, en la que había expresado su intención de renunciar, que la demandada mediante certificado laboral informa que laboró para la empresa del 10 de octubre de 2014 al 30 de junio de 2017, sin tener en cuenta que solo hasta el 31 de septiembre de 2017, fue notificada de su despido.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La empresa **PIXEL GROUP NET SAS** contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 21, 24, 26, 28 y 29, los cuales tienen relación con el objeto social de la empresa, el cargo desempeñado por la demandante, fecha de inicio de la relación laboral y modalidad contractual, reconoce que no le adeuda salarios, ni prestaciones hasta el 31 de diciembre de 2015, reconoce que le adeuda algunos conceptos laborales a la demandante, pero no en los valores establecidos en la demanda, reconoce que la demandante pasó solicitud de quererse desvincularse de la empresa el 7 de septiembre de 2016, pero acepto continuar a pesar de los dineros adeudados por parte de la empresa, reconoce la licencia no remunerada que se le dio a la actora de la cual establece que fue de común acuerdo, reconoce la disminución del salario lo cual también se acordó de común acuerdo, reconoce la falta de aportes a COMPENSAR EPS en razón a la licencia no remunerada y acepta la respuesta que le fue dada a la demandante. Refiere ser parcialmente ciertos los numerales 5, 6, 10, 23, 27, 30, los cuales consisten en que el contrató sí se prorrogó automáticamente, el valor del salario inicialmente pactado, que en reiteradas oportunidades se le manifestó a la demandante que adeudaba horas de trabajo, lo que demostraba su incumplimiento

al no trabajar 90 horas mensuales acordadas, reconoce que la empresa aseguró a la demandante efectuando aportes a través de mi planilla, acepta la fecha en que se envió el derecho de petición por parte de la actora y reconoce el contenido de la certificación expedida por la empresa. Dijo no constarle los numerales 33 y 35; y no ser ciertos los demás, propuso como excepciones de fondo buena fe, prescripción, pago y compensación (fls.94 a 112).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 31 de julio de 2019, **declaró** que entre la demandante y la empresa demandada existió una única relación laboral vigente entre el 10 de octubre de 2014 al 30 de junio de 2017, en virtud del cual se desempeñó en el cargo de escritora, recibiendo como último salario la suma de \$1.500.000, **condenó** a la empresa PIXEL GROUP NET SAS al pago de las siguientes sumas de dinero:

- A. *“La suma de **VEINTICUATRO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN PESOS MCTE (\$24.546.561,00)** por concepto de salarios no cancelados.*
- B. *Por concepto de cesantías:*
 - **UN MILLÓN CUATROCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$1.400.000)** generados en el año 2016.
 - **SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$750.000)** generados por la fracción del año 2017.
- C. *Por concepto de intereses a las cesantías:*
 - **SETENTA Y OCHO MIL PESOS MCTE (\$78.000,00)** del año 2014.
 - **CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE (\$157.950,00)** del año 2015.
 - **CIENTO SESENTA Y OCHO MIL PESOS MCTE (\$168.000)** del año 2016.
 - **CUARENTA Y CINCO MIL PESOS MCTE (\$45.000,00)** del año 2017.
- D. *Por concepto de prima de servicios*
 - **LA SUMA DE UN MILLÓN TRECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$1.300.000)** generados en los semestres del año 2015.
 - La suma de **UN MILLÓN CUATROCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$1.400.000)** generados en los semestres del año 2016.
 - La suma de **SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$750.000)** generada en el primer semestre del año 2017.
- E. La suma de **DOS MILLONES CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE (\$2.043.750,00)** por concepto de vacaciones causadas y no pagadas, suma que deberá pagarse en forma indexada.
- F. **TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS MCTE (\$36.000.000)** por concepto de indemnización del artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, generados desde el 1° de julio de 2017 y hasta el 30 de junio de 2019; y a partir del mes de julio de 2019, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta la fecha en la que el demandado ponga a disposición de la señora ZENAIDA EDITH SÁNCHEZ RODRÍGUEZ el respectivo título o pague las condenas”.

Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, **declaró** no probadas las excepciones propuestas y **condenó** a la demandada en costas en la suma de \$1.000.000 (CD fl. 293).

Como **argumento de su decisión**, el *a quo* señaló que no era objeto de discusión la existencia del contrato laboral, el cual había iniciado a través de un contrato de trabajo a término fijo de 3 meses a partir del 10 de octubre de 2015 y hasta el 09 de enero de 2016, en virtud del cual la demandante se desempeñó en el cargo de escritora. No obstante, existía controversia en la fecha de finalización del vínculo laboral y en que se había modificado el contrato a término indefinido. Para lo cual hizo alusión a la prueba documental, con la cual determinó que el contrato había finalizado el 30 de junio de 2017, pues pese a que la demandante había asegurado haber prestado sus servicios hasta septiembre de esa anualidad, no obraba prueba que soportara su dicho, pero sí obra planilla de autoliquidación de aportes, certificación laboral donde se observa que la última cotización hecha a salud a través de la EPS COMPENSAR fue para el mes de junio de 2017, siendo ese periodo el que indica la certificación expedida por la empresa y ante la ausencia de otro elemento probatorio que diera cuenta de otra fecha para la terminación del vínculo contractual, tuvo como extremo final de la vinculación laboral el 30 de junio de 2017.

Frente a la modalidad del contrato, el despacho consideró que la relación laboral que se presentó entre las partes fue continua y sin interrupciones, que inició a través de un contrato término fijo de 3 meses a partir del 10 de octubre de 2014, sin embargo, durante su ejecución más concretamente el 9 de marzo de 2017, mediante correo electrónico la demandante pidió la formalización del cambio de la modalidad del contrato, haciéndose evidente que sí existió un acuerdo de voluntades para modificar la modalidad del contrato. Aclarado lo anterior, procedió a realizar el estudio de las acreencias solicitadas, en cuanto a la indemnización moratoria el *a quo* procedió a verificar si la empresa demandada había actuado de buena fe, estableciendo que si bien era cierto los testigos daban cuenta de la mala situación económica de la empresa, tal aspecto no resultaba eximente para no pagar las prestaciones en favor del trabajador, pues sobre éste no puede recaer la mala situación económica de la empresa, que si bien la empresa trató de llegar a algún acuerdo, el mismo no pudo continuar ante el incumplimiento en los salarios a la demandante, por lo anterior, impuso la sanción solicitada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandada**, interpuso recurso de apelación manifestando que se apartaba de la decisión del despacho en relación con la mala fe decretada para la demandada de acuerdo con las siguientes situaciones, no se trataba de trasladar la situación económica o que el trabajador sufriera las consecuencias de la situación económica, el despacho no tuvo en cuenta que algunos de los testimonios quedó claro que los accionistas de la empresa han hecho esfuerzos para lograr solventar la deuda con la demandante y además han tenido acercamientos conciliatorios y abonos que se han realizado precisamente por decisión expresa de la demandante, aspectos que no se tuvieron en cuenta y por ello considera que no existió mala fe por parte de la demandada, en consecuencia solita que el superior jerárquico analice la situación para que se revoque la sentencia proferida.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

En consonancia con el recurso de alzada corresponde a esta Sala de decisión establecer si la empresa demandada desplegó conductas de buena fe ante la tardanza en el pago de las acreencias laborales que correspondían a la demandante y, por lo tanto, si debe ser eximida al pago de la indemnización moratoria por la que fue condenada por parte del Juez de primera instancia.

Contrato laboral

No existe controversia en cuanto a la relación laboral que ató a las partes y en forma como fue declarado por el juez de primera instancia, pues sobre tal aspecto, no existió reparo por parte de la empresa demandada, donde se declaró que existió una única relación laboral vigente entre el 10 de octubre de 2014 al 30 de junio de 2017, en virtud del cual la demandante se desempeñó en el cargo de escritora, recibiendo como último salario la suma de \$1.500.000.

Buena fe - Indemnización moratoria art. 65 CST

Previamente es importante señalar que en el presente asunto no hubo reparo frente a la forma de contabilizar la indemnización moratoria, ni del valor de la condena efectuada por el *a quo*, por lo que frente a dichos aspectos no se entrará a analizar.

Debe recordarse que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha sostenido que a fin de establecer si el empleador desplegó actos de buena fe es **al momento de la finalización del contrato de trabajo**. También ha dicho que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de *«[...] otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»* (SL14152-2017 y SL 2714/2020)

Así las cosas, se tiene que el asunto gira a establecer si la empresa demandada obró de buena fe, frente a lo cual sostiene que el no pago de las acreencias laborales a la demandante se debió por la crisis económica que atraviesa la empresa, que se corroboró con la prueba testimonial, quienes manifestaron que la compañía ha hecho esfuerzos para lograr solventar la deuda con la demandante, realizando acercamientos conciliatorios y abonos. A juicio de la Sala, tales argumentos no resultan suficientes para revocar la decisión del *a quo* en relación a la sanción impuesta, pues era deber de la empresa cumplir con lo pactado en el contrato laboral suscrito, necesariamente la remuneración que es la que le permite al trabajador sufragar sus necesidades, no siendo dable justificarlo bajo la tesis del incumplimiento de pagos de un tercero, acarreando el actor tales consecuencias de las cuales no tiene nada que ver y que si afectan su mínimo vital, menos aun cuando el artículo 28 del CST impone que *“el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”*.

Sobre el tema la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se ha pronunciado, sosteniendo que en casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio no constituyen de manera automática buena fe, como tampoco situación de caso fortuito o fuerza mayor que exoneren de la indemnización moratoria, y aunque ello eventualmente pueda suceder, por tratarse de una situación excepcional deberá quien así lo alegue, demostrarlo, ya que el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva. Así quedó plasmado en la sentencia con radicado 37288 del 24 enero de 2012, en la que sostuvo:

*“Ha sido una constante para la Corte, como se aprecia en las sentencias de esta Sala citadas por el ad quem y por el censor, de cara a la condena por indemnización moratoria, que, **en los casos de insolvencia o crisis económica del empleador, en principio, tal circunstancia no exonera de la indemnización moratoria**; en dicho caso, se debe examinar la situación particular, para efectos de establecer si el empleador incumplido ha actuado de buena fe.*

Verbigracia, desde tiempo atrás, en la sentencia 7393 del 18 de septiembre de 1995, esta Sala asentó:

“LA INDEMNIZACION MORATORIA Y SUS EXIMENTES:

Con arreglo al artículo 65 del C.S.T si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos en que la ley o el convenio lícito de las partes autoricen retención, a éste corresponde el derecho de percibir un día de salario por cada día de retardo a título de indemnización.

En caso de que este derecho indemnizatorio sea reclamado por vía judicial, la jurisprudencia ha precisado que el juzgador no debe proferir condena automática ante el hecho de la falta de pago, sino que ha de examinar la conducta patronal y si de ésta emerge la buena fe exonerar al patrono.

Dicha buena fe alude a que el empleador que se abstenga de cancelar los derechos laborales a la finalización del nexo, entienda plausiblemente que no estaba obligado a hacerlo, siempre y cuando le asistan serias razones objetivas y jurídicas para sostener su postura de abstención, es decir que sus argumentos para no haber pagado resulten valederos.

Como ejemplo típico de buena fe puede mencionarse que el patrono haya estado convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la relación laboral ofrecía tales características externas de independencia que la ubicaban en una zona gris respecto del elemento de subordinación. También es dable citar la hipótesis en que se haya dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional.

Debe distinguirse en todo caso, la buena fe como circunstancia exonerante de los llamados salarios caídos, de otros factores externos que impiden el cumplimiento de las obligaciones y, en principio, también liberan al deudor de responsabilidad por incumplimiento como el caso fortuito o fuerza mayor. En estos eventos el obligado no desconoce su compromiso, sino que alega insuperables hechos impeditivos de su cumplimiento. Verbigracia, si el empresario, a punto de efectuar el pago final de los derechos de determinados trabajadores, no lo puede hacer porque un incendio imprevisto, imprevisible e irresistible consume el dinero destinado a la cancelación, por obvios motivos no debe responder por la demora razonable en volver a conseguir los respectivos medios de pago.

Desde luego, si se pretende alegar fuerza mayor o caso fortuito en materia laboral y particularmente como eximentes de la indemnización moratoria, han de aparecer comprobados los requisitos de la figura, vale decir que el hecho no sea imputable al deudor, que sea irresistible en el sentido de que el empleador no haya podido impedirlo y quede en imposibilidad absoluta de cumplir la obligación a tiempo, y que el hecho haya sido imprevisible, esto es, que el obligado no haya podido precaver su ocurrencia, de acuerdo con las circunstancias del caso.

LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e

indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

*De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a un caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso **deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional**, ella por si misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N. art 333)". **(negrilla y subrayado fuera del texto original).***

Criterio que además ha sido reiterado, como se puede ver de la sentencia SL16884-2016, en la que se adoctrinó:

“(...) Respecto de la condición económica de la empresa, la Sala ha adoctrinado que: [...] no siempre que una empresa se halle en estado de iliquidez o crisis económica, esa sola circunstancia permite exonerarla de la condena por la sanción moratoria, porque aún de encontrarse en esa situación sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo. (CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 37493)”.

Teniendo en cuenta las sentencias anteriormente reseñadas, no encuentra la Sala en el presente asunto que exista pruebas suficientes con las cuales se pueda establecer que la empresa se encontraba bajo una imposibilidad extrema para no poder efectuar las acreencias laborales que le asistía a la demandante, pues si tal era la situación económica de la compañía a la fecha ya hubiere entrado en proceso de liquidación, situación que no se encuentra acreditada en el caso *sub examine*, por el contrario, al seguir operando su objeto social demuestra que aún recibe capital con el cual debió solventarse las acreencias laborales que son de primera necesidad, por tales motivos se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS

COSTAS en esta instancia a cargo de la empresa demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

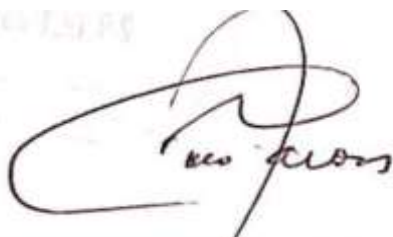
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.- SALA LABORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 31 de julio de 2019, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la empresa demandada como quiera que su recurso de alzada no salió avante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

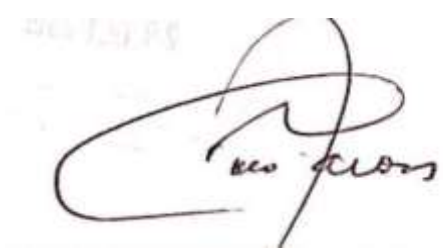


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$ 900.000.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ JAIME PORRAS PIÑEROS contra
METACARGA DE COLOMBIA LTDA Y BLANCA CECILIA ÁLVAREZ SERRATO**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

El señor **JOSÉ JAIME PORRAS PIÑEROS** solicita se **declare** que existió una relación laboral con la empresa METACARGA DE COLOMBIA LTDA en la cual se desempeñó como representante legal, entre el 1° de marzo de 1991 hasta la fecha. Como consecuencia se **condene** al pago de prima de servicios, vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías de toda la relación laboral, al pago de salarios a partir del 15 de marzo de 2012, se **condene** a los derechos indemnizatorios, indexatorios, ultra y extra petita (fls. 8 a 9).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 4 a 8 del plenario en los cuales se señalaron; que se vinculó a la empresa METACARGA DE COLOMBIA LTDA en calidad de representante legal a partir del 1° de marzo de 1991 y hasta la fecha, por medio de un contrato verbal y escrito entre el 1° de agosto de 1996 y vigente hasta la fecha, por término indefinido, que desde dicha data ha realizado su labor de manera personal obedeciendo las instrucciones del patrono, en especial de la accionista mayoritaria BLANCA CECILIA ÁLVAREZ DE PORRAS, que se ha sujetado conforme a sus obligaciones al mandato de la junta de socios legalmente constituida por METACARGA DE COLOMBIA LTDA y a la de sus accionistas, que se pactó como salario la suma de \$1.000.000 mensuales en dos

quincenas, valor que ha incrementado conforme al SMLMV de cada año, por lo que actualmente asciende a la suma de \$1.216.602, que mediante escritos y cuentas de cobro solicitó en reiteradas ocasiones a su patrono, las cuales fueron enviadas y recibidas en la calle 25D No. 74B -03 barrio Modelia de la ciudad de Bogotá, por correos certificados los días 19 de abril de 2016, 1° de abril de 2015, 7 de mayo de 2013 y 27 de febrero de 2013, mediante solicitud de conciliación, se citó a la señora BLANCA CECILIA ÁLVAREZ DE PORRAS ante la inspección del trabajo RCC5, bajo radicado No. NA/5042502 del 12 de mayo de 2016, la cual quedó programada para el día 24 de mayo de 2016, momento en que el que se presentó el hijo de la convocada quien contaba con licencia temporal vencida, razón por lo cual no fue aceptado como representante de su madre, nuevamente se fijó audiencia de conciliación el 7 de junio de 2016, fecha en la que únicamente se presentó el convocante. Añade que durante algunos años la demandada hizo los respectivos aportes a salud y pensión, de lo que cual se allega certificación expedida por CRUZ BLANCA EPS con fecha de afiliación 14 de junio de 2002 hasta el 30 de mayo de 2005, como también realizó algunos aportes a pensión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

METACARGA DE COLOMBIA LTDA contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto, a los hechos, manifestó ser ciertos los numerales 8 y 9; relacionados con la citación a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo y en relación con los aportes efectuados a pensión y salud a favor del demandante, en cuanto a los demás manifestó no ser cierto el hecho 1 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de toda obligación, inexistencia del derecho reclamado, ausencia del derecho sustantivo, cobro de lo no debido, prescripción e innominada o genérica (fls. 208 a 214).

BLANCA CECILIA ÁLVAREZ DE PORRAS contestó también oponiéndose a las pretensiones de la demanda cuanto, a los hechos, manifestó ser ciertos parcialmente los numerales 2 y 8, reconociendo que el actor sí se desempeñó como representante legal de la empresa, pero no bajo un contrato de carácter laboral, así como también reconoce que no pudo llevarse a cabo la audiencia de conciliación, pero por la asistencia del convocante, en cuanto a los demás hechos dijo que se probaran los numerales 5, 7 y 9; en cuanto a los demás dijo ser falsos, propuso como excepciones de fondo mala fe del demandante e inexistencia de la relación laboral (fls. 141 a 153).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 4 de julio de 2019, **absolvió** a los demandados de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y **condenó** en costas a la parte actora en una suma equivalente a 2 SMLMV (CD fl. 235).

Como **argumento de su decisión**, indicó que la parte demandante solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1° de marzo de 1991 a la fecha con METACARGA DE COLOMBIA LTDA; en consecuencia, se le paguen salarios adeudados y prestaciones sociales deprecadas, por su parte, los demandados afirman que no existió un contrato de trabajo entre las partes; que la única relación que existió entre ellos fue de carácter comercial-societario, ya que el demandante fungía como representante legal de la sociedad demandada y como socio.

Arguye el *a quo*, que previó a establecer la existencia de una relación laboral, observaba que la discusión se centraba en un conflicto familiar entre las partes; ya que el señor JOSÉ JAIME PORRAS PIÑEROS era el esposo de la señora BLANCA CECILIA ÁLVAREZ y el apoderado de la parte demandada es el hijo de dichos esposos; y uno de los testigos es la señora ERIKA CECILIA PORRAS ÁLVAREZ quien es hija de la pareja; considerando el sentenciador que no debe desgastarse la justicia para solucionar conflictos que no son laborales, advirtiendo que no se probó la existencia de un contrato de trabajo, bajo los siguientes argumentos.

En cuanto a las pruebas arrojadas las mismas apuntan a direcciones diferentes a la declaratoria de la relación laboral; por un lado se aportó copia de la escritura Pública 1058, de marzo de 1991, en donde se encuentra que, efectivamente se constituyó la sociedad denominada METACARGA DE COLOMBIA LTDA como socios fundadores funge el señor JOSÉ JAIME PORRAS PIÑEROS y el señor CÉSAR ALBERTO PULIDO RAMÍREZ, obra copia de Cámara de Comercio de la sociedad METACARGA DE COLOMBIA LTDA una del 29 de julio de 2016 y la otra del 19 de septiembre de 2017, donde se evidencia como socios capitalistas los esposos BLANCA CECILIA ÁLVAREZ DE PORRAS y el señor JOSÉ JAIME PORRAS PIÑEROS; en la cual se determina que la representación legal está a cargo del gerente, y que

mediante junta de socios del 7 de abril del 2013, se nombró al señor JOSÉ JAIME PORRAS PIÑEROS y como subgerente a ELSA MARÍA MEDINA ESPINA; con esta prueba lo que se demuestra es que el demandante desde que se creó la sociedad en el año 1991 a la fecha ejerce la representación de la sociedad; y por el otro lado, ostenta la calidad de socio capitalista; sin que se pruebe la prestación personal del servicio. Que, si bien era cierto, que el demandante en su escrito demandatorio afirma que estuvo subordinado bajo las órdenes de METACARGA; en especial de la señora BLANCA CECILIA DE PORRAS era una argumento que no resultaba lógico toda vez que al momento de constituir la sociedad la señora BLANCA CECILIA DE PORRAS no era socia de la empresa y era su cónyuge, como lo manifestaron los testimonios; además el demandante había confesado en el interrogatorio de parte que la señora BLANCA CECILIA obtuvo las cuotas societarias más o menos, en el año 2001; motivo por el cual, antes de dicha data no pudo haber recibido órdenes de la misma. Por otra parte, se tiene que la sociedad METACARGA está constituida por dos socios donde el demandante es uno de los socios capitalistas; por ende, se tendría entonces, que sería el mismo demandante su propio patrono.

Obra también comprobantes de egreso de algunos meses del año 1999 a favor del demandante que indican que fue elaborado por la señora ELSA y autorizado por JJP, impreso con membrete de la sociedad METACARGA, también se encuentran cuentas de cobro de honorarios por la representación legal y la gerencia con membrete de la sociedad METACARGA, presentados y autorizados por el mismo demandante, documentos que de ninguna manera dan certeza que efectivamente el demandante haya prestado sus servicios en forma permanente a METACARGA DE COLOMBIA LTDA; ya que esos documentos solo se encuentran suscritos por el demandante quien es representante legal y a su vez socio.

Refiere el Juez que obra también historia laboral del ISS con algunos aportes efectuados por METACARGA DE COLOMBIA, así como afiliación a la EPS CRUZ BLANCA, si bien dichas pruebas apuntan a la acreditación de algún vínculo con la sociedad METACARGA, lo cierto es que no se acreditó la prestación personal del servicio del demandante a favor de la sociedad METACARGA DE COLOMBIA, ya que todos los testigos fueron contestes en indicar que mientras el demandante era el representante legal de METACARGA DE COLOMBIA, paralelamente era representante legal de otra sociedad y tenía un contrato verbal, versión que fue aceptada por el actor y se encontraba subordinado por el fundador de dicha sociedad; al indicar que desarrollaba otras actividades alternativas comerciales

paralelas en las instalaciones donde quedaba METACARGA; no solamente realizó el trabajo de METACARGA, hizo el trabajo intermediario aduanero, consiguió la representación legal de COLOMBIA DE ADUANAS y fue representante ante el Gobierno de esa misma empresa que se llamaba COLOMBIANA DE ADUANAS con base en Buenaventura. Tampoco resultaba lógico que el actor alegue el no pago de sus acreencias laborales, por parte de METACARGA, cuando era él el encargado de firmar los pagos, ordenarlos y, además, no resultaba cierta la afirmación de que para la fecha de prestación de la demanda aún prestaba sus servicios cuando la empresa dejó de funcionar desde el año 2012.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación manifestando que no se tuvo en cuenta realmente lo aportado con la demanda y los testimonios, siendo importante resaltar que el señor JOSÉ JAIME PORRAS, prestó sus servicios para METACARGA, que su cargo siempre fue el de gerente desde que inició la empresa hasta hoy, además porque hasta el momento la empresa como tal ni siquiera ha sido liquidada. En cuanto a la subordinación, la recibe de la junta de socios; su horario dependía del cargo que él ejercía, ya fuera de gerente, en la demanda se precisó que el cumplía un horario, para lo cual debe tenerse en cuenta que no solamente era llegar a la oficina a las ocho de la mañana y salir a las cinco de la tarde; pues el cargo como tal consiste en buscar negocios para la compañía.

Ahora bien, en cuanto a los pagos que el demandante realizaba, es cierto que al ser el gerente era quien realizaba los pagos; lo cual no tiene nada que ver frente a la pretensión de que se demostró de una relación laboral, por ende, el pago de unas prestaciones sociales a las cuales tiene derecho. En cuanto a los testimonios recibidos por parte de la demandada, en el cual se argumenta que el demandante no realizó la actividad de manera personal, existe una contradicción en sus versiones, toda vez que, un testigo manifestó que nunca lo veía, pero el otro testigo, que además era su hija, manifestó que siempre estaba allá, que era el gerente y que era el que daba las órdenes; se dijo también por parte de una testigo que trabajó para METACARGA LOGOSITIC, la otra que trabajó para METACARGA DE COLOMBIA; y las dos empresas quedan en el mismo sitio, pero la testigo que es la hija, indica que no sabe dónde queda la empresa METACARGA LOGISTIC, que queda en la misma sede en donde queda METACARGA DE COLOMBIA y que además, METACARGA LOGISTIC es de su hermano, por lo que resulta imposible

que no sepa dónde funciona la empresa de su hermano. En este orden de ideas, es imposible que no vieran que el señor JOSÉ JAIME PORRAS ejerció las veces de gerente y no solamente el cargo de representante legal, en efecto, la representación legal es para representar, como su nombre lo dice a la empresa en algunas actividades, pero el cargo de gerente es el que lleva la parte administrativa, no es la representación legal, como tal, es la gerencia la que maneja toda la parte administrativa de la empresa, es el que tiene la facultad para que dé el visto bueno en los contratos, el que hace pagos, es el que da obviamente su visto y su firma porque debe ser la que debe estar registrada ante las entidades bancarias donde la empresa tenga sus cuentas.

Adicionalmente, el hecho de que el demandante este pensionado no impide tener y continuar con un contrato laboral, porque si bien es cierto, la norma establece que al momento de ser pensionado la empresa y la socia mayoritaria, debieron pasarle la carta de terminación de contrato lo cual no lo hicieron, por lo que él siguió trabajando para la empresa METACARGA, es importante verificar que lo que se aportó donde se da fe de que el demandante sí prestó de manera personal el trabajo, lo cual da lugar al pago de prestaciones y salarios.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Debe la Sala determinar si el demandante estuvo ligado por una relación laboral dependiente y subordinada con la empresa METACARGA DE COLOMBIA LTDA y la señora BLANCA CECILIA ÁLVAREZ SERRATO, o si, por el contrario, lo que existió fue otro tipo de vinculación contractual, ejecutada en forma autónoma e independiente y regido por normativas ajenas al derecho laboral. Así mismo, en caso de confirmarse la existencia de una relación laboral si hay lugar al reconocimiento de las pretensiones solicitadas en el libelo demandatorio y si operó o no el fenómeno prescriptivo.

Existencia de un contrato laboral

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al

empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien, la existencia de subordinación laboral.

Es así, como en el presente asunto, obra plena operancia de la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador a quien le corresponde desvirtuarlo, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019.

Así mismo, la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 225 del 2020, señaló que la Corte Constitucional al declarar la inexigibilidad del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 50 de 1990, indicó: *“quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1o. de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada”*, estableciendo textualmente:

“Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser éste quien deba demostrar la subordinación jurídica.

Advierte la Corte que la presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza (inciso 1 de la norma demandada) implica un traslado de la carga de la prueba al empresario”.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Precisado lo anterior y analizado el caso bajo estudio, colige la Sala, que el demandante prestó sus servicios personales en condición de gerente y representante legal de la empresa demandada, actividades que pueden estar enmarcadas bajo una relación laboral, lo cierto es que como lo encontró probado el *a quo*, la presunción

legal contenida en el artículo 24 del CST, de la subordinación jurídica del demandante respecto a la sociedad METACARGA DE COLOMBIA LTDA, quedó desvirtuada, en tanto no quedó demostrado que efectivamente recibiera órdenes por parte de la señora BLANCA CECILIA ÁLVAREZ DE PORRAS como se manifiesta en el escrito de demanda, pues en principio el actor alega la existencia de una relación laboral desde el 1° de marzo de 1991, momento para el cual la señora BLANCA aún no era socia de la empresa, lo cual se acredita con la copia de la escritura pública No. 1058 de fecha 1° de marzo de 1991 (fls.18 a 23), donde se constituyó la sociedad, siendo para entonces los socios de la empresa el demandante y el señor CÉSAR ALBERTO URIBE RAMÍREZ, incluso el mismo actor reconoce en interrogatorio de parte que la señora BLANCA CECILIA ÁLVAREZ SERRATO obtuvo las cuotas societarias dentro de la razón social METACARGA DE COLOMBIA LTDA aproximadamente en el año 2001, de manera que con anterioridad no pudo existir poder subordinante por parte de ella sobre el demandante.

Aunado a lo anterior, ya estando la señora BLANCA como socia de la compañía, el actor reconoce que ella laboraba como docente en una escuela del Distrito, incluso él se encargaba de enviarle dinero a su lugar de trabajo, lo cual corrobora su hija ERIKA CECILIA PORRAS ÁLVAREZ quien compareció como testigo de la señora BLANCA CECILIA ÁLVAREZ al señalar que su mamá durante cuarenta años trabajó con la Secretaría de Educación, entendiéndose con ello que todo el temán financiero de la empresa era manejado exclusivamente por el actor, sin injerencia por parte de la señora BLANCA, además el testigo NELSON GERMÁN IDALGO manifiesta también que en el momento en que visitó al actor a la empresa no observó que alguien le diera órdenes, por el contrario era él quien las daba, quedando demostrado que la señora BLANCA en ningún momento ejerció poderes de subordinación, como tampoco se acreditó que lo hubiera hecho la junta de socios como lo refiere el recurrente, toda vez que no existe constancia de ello, de lo contrario al reunirse todo el material probatorio se observa que el actor ejercía su labor de manera autónoma, tanto era así, que colateralmente fue representante del Gobierno en una empresa que se llamaba COLOMBIA DE ADUANAS bajo la subordinación de MANUEL VELAZCO a través de un contrato verbal, como bien lo manifestó en su declaración de parte.

De igual manera, contrario a lo dicho por el apelante las declarantes que rindieron testimonio a favor de la demandada BLANCA CECILIA ÁLVAREZ SERRATO fueron consistentes en manifestar que el señor JOSÉ JAIME PORRAS PIÑEROS si bien era

el encargado de pagar las nóminas de los empleados y era quien daba las órdenes dentro de la empresa, también fueron certeras en indicar que él no permanecía todo el tiempo en la empresa, por el contrario, casi no lo veían porque realizaba otras actividades por fuera de ésta, como bien lo sostuvo su hija ERIKA CECILIA PORRAS ÁLVAREZ quien tuvo constancia de los movimientos de la empresa, no solo por ser la hija del actor, sino porque también laboró para la misma la rededor de 2 años, relatando lo siguiente: *“él la manejaba la empresa solo, él era el jefe ahí en la empresa, él era el que nos pagaba los sueldos a todos los empleados que estábamos, nosotros teníamos que rendirle cuenta a él, a nadie más sino a él, él era el jefe, y pues, él llegaba a la hora que él quisiera y se iba a la hora que él quisiera, él tenía otras actividades, viajaba a Argentina a comprar pescado, él importaba pescado; y pues esa era la actividad más recurrente. ¿infórmele a este Despacho quién disponía de los fondos de la compañía METACARGA DE COLOMBIA LTDA? Rta: pues estaba mi papá, había dos secretarias, un mensajero y ya; pero mi mamá nunca estuvo trabajando con METACARGA”*. Dijo también que la casa donde vivía su papá y su mamá quedaba al lado de la casa donde funcionaba la empresa, por lo que cuando los visitaba a veces veía a su papá en la empresa y a veces no.

De manera que, no existe probanzas suficientes que establezcan bajo qué condiciones el demandante ejercía el cargo de gerente y representante legal, tampoco aparecen los estatutos de la compañía para establecer quién fijaba la remuneración del Gerente General, si bien se aportaron comprantes de egreso y cuentas de cobros a favor del actor, inclusive aprobados por él, tampoco muestran la existencia de la relación laboral alegada, pues llama la atención que siendo el señor JOSÉ JAIME PORRAS quien manejaba la nómina de sus empleados como bien lo reconocieron los testigos, tan solo se efectuó aportes a pensión desde el 1° de abril de 1995 hasta mayo de 2010, momento en que le fue reconocida la pensión por parte del ISS hoy COLPENSIONES (fl.28 a 29) y no se efectuara los pagos de las demás prestaciones sociales que según su dicho le correspondían, por lo tanto, no es dable alegar su propia culpa en su beneficio.

Así mismo, refiere el actor que la relación laboral se mantenía al momento de interponerse la demanda, lo cual quedó desvirtuado con la prueba testimonial, pues si bien como lo manifiesta el apelante la empresa METACARGA DE COLOMBIA LTDA aún no se encuentra liquidada, ya que no obra constancia de ello, los deponentes sí coincidieron en señalar que desde el año 2012, ya no funciona; que si bien se encuentran las instalaciones las mismas mantienen cerradas, siendo deber de la

parte actora demostrar que con posterioridad al año 2012, aún presta sus servicios personales, aspecto del cual se carece. Así las cosas, de las probanzas arrimadas no se evidencia una dedicación permanente y subordinada, por parte del actor a la compañía que le exigiera la celebración de un contrato de trabajo, principalmente por carecer de un superior inmediato y es que valga la pena resaltar, que el señor JOSÉ JAIME PORRAS además de ser el gerente y representante legal de la compañía también es socio de la empresa, lo cual demuestra que su actividad dentro de la empresa se ejerció de manera autónoma e independiente, por tales motivos, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

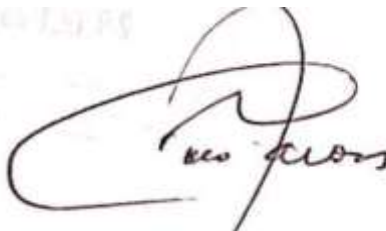
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

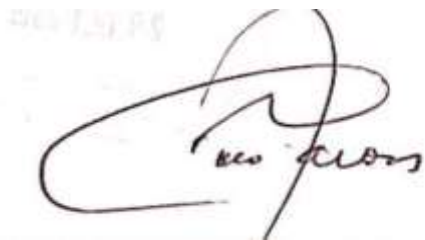


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de parte demandante en la suma de \$300.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

1

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JORGE ENRIQUE GÓMEZ GÓMEZ**, se **declare** que es titular del derecho al incremento consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por haber sido pensionado con base en el artículo 6° de la misma norma, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se **declare** que le asiste el derecho al reconocimiento pensional del 14% por su compañera permanente MARÍA DEL CARMEN AMAYA sobre un salario mínimo legal mensual vigente de conformidad con el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, se **declare** que le asiste el derecho al reconocimiento del retroactivo por concepto de incremento por compañera permanente desde el 22 de octubre de 2015. En consecuencia, se **condene** a COLPENSIONES al reconocimiento del

incremento pensional del 14% por su compañera MARÍA DEL CARMEN AMAYA sobre un salario mínimo legal mensual vigente, se **condene** a COLPENSIONES a cancelar el retroactivo por concepto de incremento por su compañera permanente desde el 22 de octubre de 2015, se **condene** a COLPENSIONES a cancelar la indexación respectiva de las sumas reconocidas y se **condene** a la demandada a pagar costas y agencias en derecho **(fl. 3)**.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 2 a 3), señaló que mediante resolución No. 000510 de 1993, el ISS le reconoció pensión de invalidez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, efectiva a partir del 5 de septiembre de 1991, que convive con la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA en unión marital de hecho desde el 6 de agosto de 1995, de manera ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa, que la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA depende económicamente de él, no esta empleada y no recibe remuneración alguna por concepto de pensión, renta, salarios o cualquier ingreso que le permita contribuir con su sostenimiento, que el 22 de octubre de 2018, mediante radicado No. 2018_13366688 elevó petición ante COLPENSIONES por medio de la cual se solicita se efectuó el incremento, petición que fue resuelta desfavorablemente mediante resolución SUB 317247 del 4 de diciembre de 2018.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó la demanda **(fls. 37 a 48)**, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó se ciertos los numerales 1, 5 a 7; los cuales tienen relación con acto administrativo de reconocimiento, fecha de reclamación y acto administrativo que negó el derecho, propuso como excepciones de fondo carencia de causa para demandar, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de octubre de 2019, **declaró** la sucesión procesal establecida en el artículo 68 del CGP, en razón al fallecimiento del demandante; continuando el proceso con MARÍA DEL CARMEN AMAYA en su calidad de compañera permanente, **declaró** probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, en cuanto al incremento pensional del 14% sobre la pensión mínima por cónyuge a cargo y en consecuencia, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoada; y se **abstuvo** de condenar en costas (CD – fl. 75).

3

Como fundamento de su decisión, el *a quo* hizo referencia a la vigencia del incremento pensional del 14% contenido en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, indicando que el mismo aún se mantiene vigente conforme a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral para aquellas prestaciones reconocidas bajo dicha normatividad, lo anterior conforme a múltiples sentencias que datan desde el año 2005, criterio que sigue siendo el mismo.

En cuanto a la calidad de compañera permanente de la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA sostuvo que se evidenciaba de la copia del certificado expedido por la EPS que es beneficiaria del demandante desde el 1° de agosto de 2008, en calidad de compañera permanente, que el testigo recepcionado JOSÉ ANDRÉS MARTÍNEZ RICO manifestó que la pareja mantenida convivencia aproximadamente desde hace 7 años y hasta el momento del fallecimiento del demandante, que era el señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ quien respondía por las obligaciones del hogar las cuales se sufragaban con la pensión percibida, que se aportaron certificaciones emitidas por la UGPP y RUAF en donde consta que la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA no tiene pensión reconocida, reuniendo así con los requisitos para acceder al incremento reclamado.

En cuanto a la excepción de prescripción, indicó que su posición corresponde a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, quien tiene el criterio que de no ser reclamados los incrementos dentro de los 3 años

contemplados en la norma, los mismos prescriben de manera total y no parcial, que en el presente caso se tenía que al señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ le fue reconocida la prestación mediante resolución 000510 de 1993, que se había reconocido por parte del Despacho una convivencia con la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA de 7 años y la reclamación se impetró el 22 de octubre de 2018, lo cual quiere decir que desde el reconocimiento de la pensión han transcurrido 27 años y desde la convivencia que se demuestra ha transcurrido 6 años aproximadamente, superando los 3 años establecidos en la norma.

4

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se aparta de la sentencia emitida por en primera instancia respecto de la prescripción teniendo en cuenta que existen unos pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, quien es el órgano de cierre de las demás instancias como guardián de la constitución profiriendo la sentencia SU 140 de 2019, en donde si bien es cierto terminó con los incrementos, esto los fue únicamente para los pensionados con posterioridad al 1° de abril de 1994, dejando vivo los incrementos para los pensionados de antes, en este caso el demandante se pensionó a través de la resolución 000510 de 1993, por lo que tiene derecho a los mismos. Así mismo, la Corte menciona que lo que prescribe son las mesadas, es decir, se interrumpió la prescripción con la petición elevada el 22 de octubre de 2018, por lo que la prestación deberá reconocerse a partir del 22 de octubre de 2015.

CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala de decisión determinar, si los incrementos por personas a cargo establecidos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes o no, en caso afirmativo se estudiará los requisitos establecidos en la norma y la excepción de prescripción propuesta.

Status de pensionado

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ GÓEMZ, conforme se infiere de la copia de la Resolución GNR 000510 del 29 de enero de 1993 (fl. 19), mediante la cual el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció la pensión de invalidez de origen común contemplado en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en cuantía de \$51.720 a partir del 5 de enero de 1991.

5

Incremento por personas a cargo

En cuanto a la vigencia de los incrementos pensionales contenidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la Corte Constitucional en sentencia SU – 140 de 2019, señaló:

“Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 de Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y solo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

(...)

“Lo señalado es razón suficiente para negar la existencia de la duda que es requisito sine qua non para la aplicación del principio indubio pro operario. En efecto, por una parte, aun cuando es cierto que tal principio ha servido para resolver problemas jurídicos que involucran derechos pensionales, recuérdese que los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 carecen, por disposición expresa de la Ley, de cualquier naturaleza pensional. Y por otra parte, las disposiciones que incluyó el Acto legislativo 01 de 2005 sobre el artículo 48 superior no permiten pensar en siquiera la remota posibilidad de aplicar los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 sobre cualquier pensión que se hubiera causado después de expedida la Ley 100 de 1993.”

(...)

“De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del

Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2015.

Por ende, la discusión relativa a la prescriptibilidad de la acción tendiente a la obtención de dichos incrementos resulta inane pues la prescripción extintiva sólo puede operar cuando existe un derecho susceptible de prescribir.”

6

Al respecto, es importante precisar que **dicho pronunciamiento resulta vinculante y respecto de cuándo empieza a operar**, la misma Corte Constitucional ha sostenido en sentencias como la C-973 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, que cuando no se haya modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos del mismo se producen a partir del día siguiente a la fecha en que se tomó la decisión y no a partir de la fecha en que se suscribió su texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones de voto, o el de su notificación o ejecutoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Postura que se puede leer en las consideraciones 7 y 9 de la referida sentencia, a saber:

“7. Esta Corporación en diversas oportunidades ha establecido que cuando en una sentencia no se ha modulado el alcance del fallo, los efectos jurídicos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en el caso específico, la jurisdicción de que está investida, esto es, “a partir del día siguiente a aquél en que tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde o el de su notificación o ejecutoria”

(...)

“9. Para determinar la oportunidad desde la cual las sentencias de constitucionalidad con efectos hacia el futuro tienen consecuencias jurídicas, la Corte ha recurrido al contenido normativo previsto en el artículo 56 de la Ley 270 de 1996. Esta disposición además de permitir que por el reglamento interno de cada Corporación Judicial se establezca la forma como serán expedidas y firmadas las providencias, conceptos o dictámenes adoptados y de señalar un término perentorio para la consignación de salvamentos o aclaraciones de voto; determina que las sentencias que se profieran tendrán como fecha la del momento del fallo,

esto es, aquella en la cual se adopta por la respectiva Corporación la decisión judicial y no aquella otra en que se suscribe formalmente el texto con sus correcciones o adiciones y/o en la que se complementa con sus salvamentos o aclaraciones”.

Así mismo, dicha Corporación en proveído T - 109 de 2019, señaló en cuanto al deber de respetar y acatar el precedente constitucional, lo siguiente:

7

“... 92. En conclusión, todas las autoridades judiciales tienen el deber de respetar y acatar el precedente constitucional, aún si existen pronunciamientos de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, pues prevalece la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional...”

“Particularmente, en relación con el asunto objeto de análisis, la Sala resalta que todos los jueces y corporaciones judiciales deben observar la regla jurisprudencial que ha establecido esta Corporación en numerosas decisiones, de conformidad con la cual el IBL no es un aspecto incorporado en el régimen de transición. Además, dicho precedente tiene su origen en la garantía de los principios de igualdad y solidaridad que irradian el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, razón por la cual no es admisible que las autoridades públicas se aparten del mismo.”

De suerte que, al acogerse el criterio expuesto por la Corte Constitucional específicamente la sentencia de unificación en mención, la misma constituye **doctrina constitucional de obligatorio cumplimiento**, lo cual se refuerza con lo dicho por dicho órgano en sentencias en las que dejó claro que la **doctrina constitucional es vinculante y obligatoria** en ciertos casos cuando señala respecto del análisis de la Ley 153 de 1887 la cual, se encuentra vigente, al indicar:

“Es necesario distinguir la función integradora que cumple la doctrina constitucional, en virtud del artículo 8°, cuya constitucionalidad se examina, de la función interpretativa que le atribuye el artículo 4° de la misma ley, al disponer:

“Los principios del Derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes” (Subraya la Corte).

Disposición que corrobora además, la distinción que se hizo entre doctrina constitucional y jurisprudencia, por lo que es apenas lógico que si el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, el criterio del intérprete supremo de la Carta deba guiar su decisión, salvo las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada, de ahí que las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, pero en modo alguno criterio obligatorio, en armonía con lo establecido por el artículo 230 Superior.

Lo anterior encuentra sustento, en el artículo 5° de la misma ley (153 de 1887), cuyo texto reza:

"Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes"
(Subraya la Corte).

Destacándose nítidamente, la función que está llamada a cumplir la **doctrina constitucional** en el campo interpretativo, la cual constituye un instrumento orientador y no obligatorio, como sí ocurre cuando se emplea como **elemento integrador**: pues en este caso, es la propia Constitución - ley suprema-, la que se aplica "(C-083/95):

Entonces, la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es obligatoria cuando se emplea como elemento integrador, (artículo 8 ley 153 de 1887) y cuando la doctrina constitucional es, a su vez, norma supletoria del ordenamiento jurídico y "para interpretar las leyes", pues se considera que esta es la propia Constitución, tal como lo destaca el aparte antes transcrito y como lo establece el artículo 8 de la ley 153 de 1887 (cuando no haya ley exactamente aplicable a un caso controvertido) y en caso de no existir leyes semejantes, pues si las hay, se tendrán en cuenta las leyes que regulan materias semejantes, en virtud de la analogía.

En igual sentido, la Corte Constitucional al refrendar el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, señaló que en adelante el juez que se aparte de la doctrina constitucional de la Corte no solo viola la jurisprudencia, sino que también

atenta de manera flagrante contra la Carta Política, por ello es susceptible incluso de acción de tutela.

Ahora, cuando la interpretación se hace por vía de autoridad, tiene carácter obligatorio general, **de conformidad con el artículo 48 de la ley 270 de 1996** (ley estatutaria de la Administración de justicia), que establece:

9

“ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL. *Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

- 1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. **La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.***
- 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces*

Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente y en los términos de la sentencia SU- 140 de 2019, es claro que los incrementos por personas a cargo **perdieron vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993**, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho al mismo con anterioridad a la expedición de tal normatividad, pues en ese evento sí habría lugar a reconocerlos.

En el **presente asunto** se tiene que al demandante le fue reconocida pensión de invalidez de origen común contemplada en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a través de Resolución GNR 000510 del 29 de enero de 1993 (fl. 19) a **partir del 5 de enero de 1991**, es decir, que la prestación se otorgó con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, por consiguiente, en su caso sí se encuentra aplica la norma del incremento pretendido, como bien ya se expuso. En tal sentido

pasa la Sala a estudiar si el señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ reúne con los requisitos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

Requisitos incremento pensional por persona a cargo

El artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, señalaba:

10

“ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. *Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:*

(...)

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”.

A fin de acreditar los presupuestos exigidos en la norma, la parte actora allegó al plenario lo siguiente:

- Certificado de no pensionado expedido por la UGPP en relación a la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA (fl.26).
- Certificado de la NUEVA EPS en la que consta como beneficiaria del actor la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA desde el 1° de agosto de 2008 (fl.27).
- Certificado RUAF en la cual figura que la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA no se encuentra pensionada y no se encuentra afiliada a riesgos laborales.

Adicionalmente, se recepcionó los testimonios de MARÍA DEL CARMEN AMAYA y JOSÉ ANDRÉS MARTÍNEZ RICO, por su parte la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA ratificó que no se encuentra pensionada y que no percibe dinero alguno, que sus ingresos provenían de la pensión del demandante y no tiene bien alguno, también manifestó que convivió con el señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ un promedio de 24 años, esto es, desde agosto de 1993 hasta el día de su fallecimiento.

De otro lado, el señor JOSÉ ANDRÉS MARTÍNEZ RICO dijo que conocía al demandante desde hacía 7 años cuando llegó a vivir al barrio donde tiene

su vivienda, en donde llegó en compañía de la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA, que él les prestaba servicio de transporte para que pudieran desplazarse a las citas médicas que tenía el señor JORGE ENRIQUE, lo cual ocurría semanalmente, estando siempre acompañado de la señora MARÍA DEL CARMEN contándole de dichos encuentros su dependencia para con el actor.

11

Del caudal probatorio allegado al plenario, no cabe duda que la señora MARÍA DEL CARMEN AMAYA era la compañera permanente del demandante quien en efecto dependía económicamente de él, pues no existe probanza alguna que demuestre lo contrario. Ahora, refiere el *a quo* que la convivencia se dio por 7 años, conforme a lo manifestado por el testigo JOSÉ ANDRÉS MARTÍNEZ RICO, sin embargo, existen otras probanzas que dejan entrever una convivencia superior como el certificado de beneficiaria de la compañera ante la EPS.

Respecto de la prescripción de los incrementos pensionales debe indicarse que la postura de la Corte Constitucional ha sido que la prescripción de los incrementos pensionales respecto de las mesadas causadas y no reclamadas oportunamente, prescriben de manera parcial en virtud del principio de favorabilidad y conforme al término trienal de que trata los artículos 488 del CST y 151 CPL, como lo sostuvo, por ejemplo; en las sentencias de tutela 831 del 2014 y la T-395 de 2016.

En el caso de marras se tiene que el actor elevó reclamación ante COLPENSIONES solo hasta el 22 de octubre de 2018 (fl.20), lo cual conlleva a establecerse que los incrementos causados con anterioridad al 22 de octubre de 2015, se encuentran prescritos, debiéndose entonces reconocer los exigibles desde el **22 de octubre de 2015 y hasta el 11 de septiembre de 2019**, fecha de fallecimiento del señor JORGE ENRIQUE GÓMEZ, ya que estos subsisten solo mientras perduren las causas que le dieron origen, incrementos que deberán reconocerse sobre la pensión mínima legal, sin embargo, debe advertirse que la mesada del mes de octubre de 2015, se pagará completa en virtud de lo establecido en la sentencia **SL 1011 del 3 de marzo de 2021**, en la cual dijo:

“Aunado a lo precedente, la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada prospera parcialmente respecto a las mesadas causadas con anterioridad al mes de enero de 2004 debido a que la actora presentó reclamación a la entidad demandada el 15 de enero de 2007 (f.ºs 17 y 18) y la demanda se presentó el 31 de enero de 2008 (f.º 1 vto.), por lo que el término prescriptivo de los tres años que se consagra para las acciones que emanen de las leyes sociales, en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del C.S.T. afecta las citadas mensualidades.

*Llegados a este punto del sendero, menester resulta oportuno aclarar que por regla general las pensiones se **pagan por mensualidades vencidas**, en virtud de lo estatuido en el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al presente asunto a la luz de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993.*

(...)

*Entonces, en el horizonte trazado, la mesada pensional de enero de 2004 **no** está afectada por la prescripción. Dicho en otras palabras, pero conservando la misma idea, se encuentran afectadas por tal fenómeno las mesadas pensionales causadas con anterioridad a enero de 2004, esto es, desde diciembre de 2003 hacía atrás”.*

Los cuales **asciende a la suma de \$2.125.287,36**, debiéndose **indexar** los mismos al momento de su pago a fin de aminorar la pérdida del poder adquisitivo que sufre la moneda como consecuencia del paso del tiempo.

En tales condiciones y sin más consideraciones, se **REVOCARÁ** la decisión de primera instancia, por las razones expuestas.

COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 365 del CGP.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

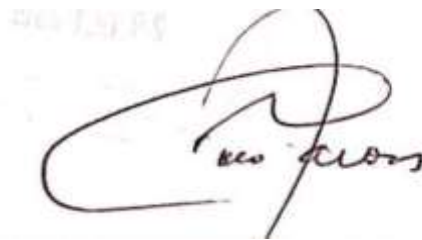
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES

a reconocer a favor del demandante el incremento pensional del 14% por compañera permanente a cargo, contemplado en el artículo 21 de Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, sobre la pensión mínima legal entre el 22 de octubre de 2015 y hasta el 11 de septiembre de 2019, los cuales asciende a la suma de \$ 2.125.287,36, suma que deberá ser indexada al momento de su pago, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

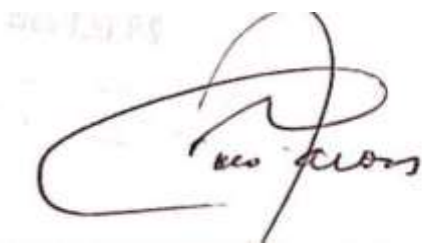


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de \$900.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

TABLA INCREMENTO 14%			
Fecha inicial	Fecha final	Valor mesada	14% mesada
01/10/15	31/10/15	\$ 644.350,00	\$ 90.209,00
01/11/15	30/11/15	\$ 644.350,00	\$ 90.209,00
01/12/15	31/12/15	\$ 1.288.700,00	\$ 180.418,00
01/01/16	31/01/16	\$ 689.454,00	\$ 96.523,56
01/02/16	29/02/16	\$ 689.454,00	\$ 96.523,56
01/03/16	31/03/16	\$ 689.454,00	\$ 96.523,56
01/04/16	30/04/16	\$ 689.454,00	\$ 96.523,56
01/05/16	31/05/16	\$ 689.454,00	\$ 96.523,56
01/06/16	30/06/16	\$ 1.378.908,00	\$ 193.047,12
01/07/16	31/07/16	\$ 689.454,00	\$ 96.523,56
01/08/16	31/08/16	\$ 689.454,00	\$ 96.523,56
01/09/16	30/09/16	\$ 689.454,00	\$ 96.523,56
01/10/16	31/10/16	\$ 689.454,00	\$ 96.523,56
01/11/16	30/11/16	\$ 689.454,00	\$ 96.523,56
01/12/16	31/12/16	\$ 1.378.908,00	\$ 193.047,12
01/01/17	31/01/17	\$ 737.717,00	\$ 103.280,38
01/02/17	28/02/17	\$ 737.717,00	\$ 103.280,38
01/03/17	31/03/17	\$ 737.717,00	\$ 103.280,38
01/04/17	30/04/17	\$ 737.717,00	\$ 103.280,38
01/05/17	31/05/17	\$ 737.717,00	\$ 103.280,38
01/06/17	30/06/17	\$ 1.475.434,00	\$ 206.560,76
01/07/17	31/07/17	\$ 737.717,00	\$ 103.280,38
01/08/17	31/08/17	\$ 737.717,00	\$ 103.280,38
01/09/17	30/09/17	\$ 737.717,00	\$ 103.280,38
01/10/17	31/10/17	\$ 737.717,00	\$ 103.280,38
01/11/17	30/11/17	\$ 737.717,00	\$ 103.280,38
01/12/17	31/12/17	\$ 1.475.434,00	\$ 206.560,76
01/01/18	31/01/18	\$ 781.242,00	\$ 109.373,88
01/02/18	28/02/18	\$ 781.242,00	\$ 109.373,88
01/03/18	31/03/18	\$ 781.242,00	\$ 109.373,88
01/04/18	30/04/18	\$ 781.242,00	\$ 109.373,88
01/05/18	31/05/18	\$ 781.242,00	\$ 109.373,88
01/06/18	30/06/18	\$ 1.562.484,00	\$ 218.747,76

01/07/18	31/07/18	\$ 781.242,00	\$ 109.373,88
01/08/18	31/08/18	\$ 781.242,00	\$ 109.373,88
01/09/18	30/09/18	\$ 781.242,00	\$ 109.373,88
01/10/18	31/10/18	\$ 781.242,00	\$ 109.373,88
01/11/18	30/11/18	\$ 781.242,00	\$ 109.373,88
01/12/18	31/12/18	\$ 1.562.484,00	\$ 218.747,76
01/01/19	31/01/19	\$ 828.116,00	\$ 115.936,24
01/02/19	28/02/19	\$ 828.116,00	\$ 115.936,24
01/03/19	31/03/19	\$ 828.116,00	\$ 115.936,24
01/04/19	30/04/19	\$ 828.116,00	\$ 115.936,24
01/05/19	31/05/19	\$ 828.116,00	\$ 115.936,24
01/06/19	30/06/19	\$ 1.656.232,00	\$ 231.872,48
01/07/19	31/07/19	\$ 828.116,00	\$ 115.936,24
01/08/19	31/08/19	\$ 828.116,00	\$ 115.936,24
01/09/19	11/09/19	\$ 303.642,53	\$ 42.509,95
Total Incremento			\$ 2.125.287,36

República de Colombia**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FABIO ALEXANDER AMEZQUITA ZEA
contra IMÁGENES Y EQUIPOS S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente:

**S E N T E N C I A
LO PRETENDIDO EN LA DEMANDA**

El señor **FABIO ALEXANDER AMEZQUITA ZEA** solicita se **declare** que la empresa demandada se encuentra en mora de cancelar al actor el excedente de las cesantías para el año 2009, incluyendo todos los factores salariales, se **declare** que la demandada se encuentra en mora de cancelar al actor el excedente de las cesantías para el año 2010, incluyendo todos los factores salariales que componen el salario, se **declare** que la empresa demandada se encuentra en mora de cancelar al actor el excedente de las cesantías para el año 2011, incluyendo todos los factores salariales que componen el salario, se **declare** que la demandada se encuentra en mora de cancelar al actor el excedente de los intereses a las cesantías por 104 días incluyendo todos los factores salariales, se **declare** que la demandada se encuentra en mora de cancelar al actor el excedente de la prima por 104 días incluyendo todos los factores salariales que componen el salario, se **declare** que la demandada se encuentra en mora de cancelar al actor el excedente de las vacaciones por 464 días incluyendo todos los factores salariales que componen el salario, se **declare** que la demandada dejó de cancelar durante todo el tiempo de la relación laboral año por año las cesantías que ordena la Ley en un fondo legalmente constituido, se **declare** la interrupción de la prescripción de la acción consagrada en el artículo 488 del CST, se **declare** que la demandada sea sancionada por el no pago oportuno de la salud al demandante a su EPS.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se **condene** a la indemnización del artículo 65 del CST por mora en el pago total de las acreencias laborales, incluyendo todos los factores salariales desde el 30 de abril de 2011, se **condene** al excedente a las cesantías correspondientes al año 2009, incluyendo todos los factores salariales por 352 días, se **condene** al reconocimiento del valor de los excedentes de las cesantías del año 2010, incluyendo todos los factores salariales, se **condene** al reconocimiento del valor de los excedentes de las cesantías del año 2011, incluyendo todos los factores salariales, se **condene** al excedente de los intereses a las cesantías, incluyendo todos los factores salariales, se **condene** al excedente de la prima incluyendo todos los factores salariales, se **condene** al excedente de las vacaciones incluyendo todos los factores salariales, se **condene** a la sanción por no consignación a las cesantías durante el tiempo de toda la relación laboral, se **condene** a que las sumas sean indexadas, se **condene** a lo que resulte probado ultra y extra petita y se **condene** al pago de costas procesales (fls. 4 a 5).

Los hechos fundamento de las pretensiones se observan a fls. 3 a 4 del plenario en los cuales se señalaron; que ingresó a laborar para la empresa demandada el 9 de enero de 2009, a través de un contrato de obra o labor contratada, el cual se ejecutó hasta el 14 de abril de 2011, por renuncia presentada por el trabajador, que la labor que desempeñó fue la de conductor de ambulancia, que para el año 2009, el salario correspondió a la suma de \$965.926,86, para el año 2010, fue la suma de \$1.043.265 y el último salario fue de \$1.159.100, que los factores salariales fueron permanentes e ininterrumpidos, que la demandada incumplía con su obligación del pago a salud en la EPS donde se encontraba afiliado a pesar de que le descontaba mensualmente de su salario, que la demandada nunca le consignó las cesantías en ningún fondo de cesantías legalmente constituido, que la entidad demandada pagó hasta mayo de 2011, las prestaciones sociales de manera incompleta, que la demandada a pesar de que realizó la liquidación de prestaciones sociales el 2 de mayo de 2011, las canceló realmente mediante cheque del Banco Bogotá por valor de \$1.795.335 el 16 de noviembre de 2012, mediante comunicación del 10 de abril de 2014, se interrumpió la prescripción.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La empresa **IMÁGENES Y EQUIPOS S.A. hoy IMAQUI S.A.** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los numerales 1 a 4, 9, 10 y 12; las cuales tiene relación con extremos laborales, modalidad contractual, cargo desempeñado, retraso en los aportes a salud, la no consignación de las cesantías y el pago de la liquidación final de prestaciones hasta noviembre de 2012, en cuanto a los demás hechos dijo no ser ciertos, propuso como excepciones de fondo pago parcial de la obligación, buena fe por parte de la demandada, prescripción y genérica (fls. 142 a 146).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de agosto de 2019, **declaró probada** la excepción de prescripción y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda y **absolvió** a la empresa demandada, **condenó** en costas a la parte actora en la suma de \$800.000 (**CD fl. 151**).

Como **argumento de su decisión**, *la a quo* procedió analizar previamente la excepción de prescripción propuesta por la empresa demandada, indicando que para analizar si efectivamente se encuentra interrumpida la prescripción, se tenía que no había existido discusión en cuanto a que la relación laboral finalizó el 14 de abril de 2011, por lo que a partir de ese momento el demandante contaba con tres años para interrumpir el término prescriptivo; que según la parte actora ello ocurrió con el escrito del 10 de abril de 2014. Sin embargo, revisada la documental, quien aparece firmando el recibido de ese documento, es una persona de nombre “CAROL”, respecto de quien el Despacho desconocía si tenía algún vínculo con la empresa IMÁGENES Y EQUIPOS SA, pues, no se encuentra demostrado en el proceso, además, tiene un sello de recibido de una empresa denominada DIAGNÓSTICO E IMÁGENES con NIT 830 002 718-4; empresa que no corresponde a la persona jurídica demandada, ni por el nombre, ni por el número de identificación tributaria, pues revisado el Certificado de Existencia y Representación Legal, que obra a folios 8 al 10 y que corresponde al año 2015, más o menos, para la fecha en que se presentó presuntamente esa reclamación, se evidencia que el NIT de la encartada es el 830 092 719-1; totalmente diferente al que aparece en el recibido de la reclamación.

Por lo anterior, concluyó el Juzgado que no podía entenderse que la SOCIEDAD IMÁGENES Y EQUIPOS SA, haya recibido reclamación alguna de parte del demandante, por medio de la cual solicitara el pago de las acreencias laborales que se reclaman, de manera que teniendo en cuenta que la prescripción solo se interrumpió con la presentación de la demanda, el 15 de abril de 2015, es decir, cuatro años y cuatro días después de finalizado el vínculo laboral, por ende; declaró probada la excepción de prescripción total.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la **parte demandante**, interpuso recurso de apelación estableciendo en su defensa que la prescripción fue interrumpida por el escrito presentado en abril 10 del 2014, pues si bien es cierto existe un recibido de una empresa que se llama DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES, es una empresa que trabaja en varias instituciones médicas donde presta sus servicios y fue en la dirección donde se radicó el escrito que queda en la calle 127 No. 16 A 27 oficina 214; sin embargo, la persona a quien se le entregó fue quien puso el recibido. Ahora bien, si ese documento, no perteneciera a IMÁGENES Y EQUIPOS, lo más seguro es que lo hubieran rechazado, lo cual demuestra que la empresa sí trabajaba ahí, siendo la razón por lo que fue admitido por la señora KAROL, que en ese momento fue la que recibió el escrito, lo cual no quiere decir que ellos no lo recibieron, tanto fue así, que se ha discutido con base en lo que se decidió en el Tribunal, que ellos si conocieron de la demanda, desde el momento en que se comenzaron a presentar estos documentos. Por lo tanto, solicita se revoque la decisión adoptada por el Juez de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de decisión determinar si efectivamente se encuentra interrumpido el fenómeno prescriptivo con el escrito de fecha 10 de abril de 2014, que obra a folio 57 del expediente, en caso afirmativo se analizará se procede el reconocimiento de las acreencias laborales solicitadas.

Existencia de la relación laboral

No fue objeto de discusión la relación laboral que ató a las partes a través de un contrato de obra o labor contratada, que tuvo como inició el 9 de enero de 2009 y finalizó el 14 de abril de 2011, en el cual el actor se desempeñó en el cargo de conductor de ambulancia, recibiendo como último salario la suma de \$535.600, más un auxilio de transporte de \$63.600 y un auxilio extra de \$623.500, tal como se demuestra de las documentales que militan a folios 11 a 36 y 49, 50 y 53 del expediente.

Interrupción del término prescriptivo

Es de recordar que en materia laboral existe norma expresa que establece el término de prescripción y los casos en se entiende interrumpida la misma como lo consagra los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que disponen:

“ARTÍCULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.



ARTÍCULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. **El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.**

A fin de demostrar la interrupción de la prescripción, la parte actora aporta escrito de fecha 10 de abril de 2014, el cual obra a folio 57 del plenario, documento que es desconocido por la parte demandada en su contestación, al revisarse el mismo se tiene que en efecto como lo sostuvo la Juez de primera instancia consta con un sello de recibido de la empresa DIAGNÓSTICOS E IMÁGENES con NIT 830 002 718-4 y con firma de la señora CAROL, razón social que no coincide con la registrada en el certificado de existencia y representación legal de Cámara y comercio de fecha 26 de febrero de 2015, que se encuentra a folio 8 del expediente, pues allí se indica que el nombre de la empresa es IMÁGENES Y EQUIPOS S.A. “IMAQUI S.A.” NIT. 830092719-1, siendo entonces dos empresas diferentes y aunque la promotora del proceso alega que el lugar donde fue radicada la reclamación prestan el servicio varias empresas, entre las cuales se encuentra la aquí demandada, ello no resulta suficiente para establecer que la notificación de la reclamación se hizo a quien realmente correspondía, ya que se tratan de personas jurídicas totalmente distinta, aunado a

ello le concernía a la parte actora demostrar que son la misma entidad, aspecto que no se encuentra demostrado en este asunto, tampoco se aportó la guía de envío como para corroborar que se encuentran ubicadas en la misma dirección como lo asegura la recurrente.

Tampoco puede decirse que por haberse recibido la reclamación acredita que la empresa aquí demandada conoció de la misma, pues se reitera quien lo recibió fue una persona jurídica distinta de quien se reclama el reajuste de las acreencias laborales objeto de litigio y si bien, la demandante ha venido discutiendo que la accionada conoció de la demanda, desde el momento en que comenzaron a presentarse estos documentos, es una afirmación que tampoco tiene sustento, pues precisamente cuando la empresa demandada propuso incidente de nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda, la cual fue declarada probada por parte de esta instancia mediante decisión proferida el 18 de julio de 2018 (fls. 137 a 139), se determinó que la parte demandante no la notificó correctamente, por lo que no resulta dable afirmar que la empresa demandada ha conocido desde tiempo atrás su reclamación, pues precisamente en esta oportunidad de demuestra que la reclamación fue presentada en las instalaciones de otra empresa que no corresponde a IMÁGENES Y EQUIPOS S.A. “IMAQUI S.A.”.

Así las cosas, al tenerse por interrumpida la prescripción con la presentación de la demanda 15 de abril de 2015 (fl.59), resulta acertado lo decidido por el *a quo*, en cuanto a que el fenómeno prescriptivo operó, teniendo en cuenta que la relación laboral finalizó el 14 de abril de 2011. Por consiguiente, se **confirmará** la decisión de primera instancia.

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

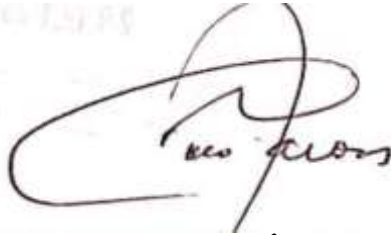
EN MÉRITO DE LO EXPUESTO EL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo apelado, proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase,



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

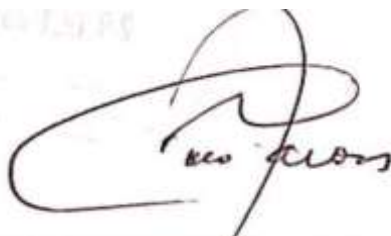


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DE PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de parte demandante en la suma de \$100.000 pesos.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: Dr. LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIME GÓMEZ LÓPEZ contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
AFP PROTECCIÓN Y AFP PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiunos (2021), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JAIME GÓMEZ LÓPEZ**, se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, se **declare** para todos los efectos legales que se encuentra afiliado al régimen de prima media en cabeza de COLPENSIONES, se **ordene** el traslado de aportes realizados al régimen de ahorro individual y por lo tanto, sean devueltos al régimen de prima media, junto con los rendimientos financieros y todas aquellas sumas de dinero que por cualquier concepto hagan parte de su cuenta de ahorro individual, se **condene** a COLPENSIONES y a las AFPS demandadas el pago de costas procesales incluidas las agencias en derecho, se **condene** extra y ultra petita (fl. 3).

Como hechos fundamento de las pretensiones (fls. 3 a 5), señaló que nació el 25 de agosto de 1955, que el régimen de ahorro individual ha cotizado 1,094 semanas desde el primer traslado hasta el 10 de julio, que sumados los tiempos cotizados en COLPENSIONES acredita un total de 1,416 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, que la decisión de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual no fue una decisión informada, autónoma y consiente, teniendo en cuenta que no se le brindó una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional, que con la equivocada convicción de estar realizando un cambio de régimen que le favorecería a la hora de pensionarse, que el traslado se efectuó el 22 de diciembre de 1995, con COLPATRIA AFP, nunca recibió información sobre qué es un cálculo actuarial, quien lo realiza y cómo se realiza, nunca se le explicó en qué consiste el régimen de prima media, ni cómo se calcula la mesada en ese régimen, nunca recibió información sobre la diferencia de la cotización y su distribución en el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media, no se le informó sobre el valor del porcentaje de su cotización que se emplea por parte de la AFP a las cuales estuvo vinculado, como comisión de administración, seguros provisionales, fondo de garantía de pensión mínima y porcentaje abonado a la cuenta, que con los traslados entre las AFPS PORVENIR en 2000, SKANDIA en 2006 y ING en 2007, creyó mejorar su futuro pensional, pues le aseguraban una mejor rentabilidad el cual aumentaría el valor del capital depositado en su cuenta individual, lo que representaría una mejor mesada pensional, siempre sin explicarle el riesgos financiero, la forma en cómo se realiza el cálculo actuarial y la forma de calcular; y liquidar la pensión en los regímenes pensionales, que el 18 de enero de 2017 radicó derecho de petición ante la AFP PROTECCIÓN en el que se solicitó se declarara la nulidad o ineficacia del traslado, ante el silencio de la entidad, interpuso acción de tutela en mayo de 2017, que el día 15 de mayo de 2017, recibió respuesta por parte de la entidad, donde suministra copia del formulario de afiliación y el registro de cotizaciones realizados, el saldo a la fecha en su cuenta individual y el valor del bono con negociación anticipada que sería de \$73.405.646, también se le indica que el valor de la mesada pensional a que podría tener derecho sería de \$1.690.274 equivalente al 24.9% del IBL tomado para el cálculo, la AFP no especifica a la hora de

establecer la mesada, la forma en que se realizó el cálculo, ni los factores actuariales tenidos en cuenta para establecer dicho monto, tampoco se le dice si es un retiro programado, renta vitalicia o alguna de las 5 alternativas más que existen, también le dicen que el régimen de prima media le correspondería para el año 2017, una mesada pensional por valor de \$4.336.233 calculado sobre un IBL de los últimos 10 años de \$6.785.888 y una tasa de remplazo del 63.9%, que el 18 de enero de 2017, radicó derecho de petición a COLPENSIONES solicitando se declarará la nulidad de traslado de régimen, siendo rechazada la solicitud el 26 de enero de 2017, que efectuó cotizaciones al ISS desde el 26 de enero de 1981 hasta el 31 de enero de 1996.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó oponiéndose de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó ser cierto el numeral 1, que corresponde a la fecha de nacimiento del demandante, no ser cierto el numeral 35 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y declaratoria de otras excepciones (fls. 129 a 132).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó oponiéndose también a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos manifestó no ser cierto el numeral 6 y no constarle los demás, propuso como excepciones de fondo inexistencia de nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y genérica (fls.150 a 155).

La **AFP PORVENIR S.A.** se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos acepto los numerales 1, 26, 27 y 28; que corresponden a la fecha de nacimiento del actor y respuesta que se le dio a la solicitud instaurada por el demandante el 22 de junio de 2017, propuso como excepciones de fondo prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de

obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de noviembre de 2019 (CD – fl.257), **declaró** la ineficacia del traslado que efectuó el demandante el régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por COLPATRIA S.A., realizado el 22 de diciembre de 1995, en consecuencia, estableció que la afiliación válida del demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, **condenó** a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con el reconocimiento de bonos pensionales y rendimientos financieros, **condenó** a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del demandante y aceptar los valores que remita PROTECCIÓN S.A., **declaró** no probadas las excepciones propuestas y absolvió a PORVENIR S.A. de las pretensiones de la demanda y se **abstuvo** de condenar en costas.

Fundamentó su decisión, iniciando con una interpretación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral respecto de la ineficacia del traslado, señalando que el deber de información surgió desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en entendimiento al literal b.) del artículo 13 de dicha normatividad, de manera que, una decisión libre y voluntaria solo se puede alcanzar cuando se sabe a plenitud las consecuencias del traslado, aspecto que también se encontraba inmerso en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. De igual manera, indicó el *a quo* que la jurisprudencia de la alta Corporación establece la inversión de la carga de la prueba para las AFP y que dicha interpretación no puede estar circunscrito a un grupo poblacional específico que tuviera un derecho consolidado, por lo tanto, el deber de información aplica para todos los afiliados.

Analizando ya el caso en concreto, arguyó el sentenciador que el actor no es beneficiario del régimen de transición, hizo referencia al formulario de traslado suscrito el 22 de diciembre de 1995, en donde se dejó constancia de que se suscribió de forma libre y espontánea y que fue informado del derecho de retracto, de lo cual advertía que desde el plano formal este cumple con los parámetros establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que si bien hubo modificaciones legislativas con posterioridad, ésta era la norma vigente en el momento en que suscribió el respectivo formulario, por lo que el mismo no puede ser desconocido desde el plano probatorio, refiere que diferente circunstancia es como lo ha señalado la jurisprudencia que el mismo no puede resultar suficiente para efectos de determinar cumplido el deber de información.

Añade, que se cuenta también con la declaración de parte rendida por el demandante quien había desconocido la existencia de una asesoría necesaria para la toma de la decisión, que en el año 1995, en la clínica donde trabajaba había recibido una asesoría grupal que duró alrededor de media hora, en donde se resaltó que el ISS se iba acabar, situación que lo convenció para tomar la decisión de trasladarse, versión que había resultado congruente con lo manifestado por los testigos, acreditando de tal manera la parte actora lo manifestado en libelo introductorio, adicionalmente en los actos posteriores de traslado dentro del mismo régimen tampoco se apreciaba el deber de información.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación contra la sentencia, argumentando que aceptarse el traslado del demandante al régimen de prima media realmente afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema que se funda en los principio de equidad e igualdad de los afiliados que sí proveyeron al mismo, basado en la prohibición legal de traslado que se encuentra inmerso el demandante en la actualidad y si bien es cierto la CSJ ha puesto el deber del buen consejo y de cuidado por parte de las AFPS también lo es que los afiliados tienen obligaciones que nace en su calidad de afiliados y de ciudadanos, básicamente no puede aprovecharse ahora de la ignorancia de la ley como excusa, porque precisamente la información

que extraña no haber recibido se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, norma de conocimiento público y de obligatorio cumplimiento; y pese a que el cuidado es para quien tiene la obligación de emplearlo, no puede dejarse de lado que el demandante también tenía esa obligación como buen padre lo haría en decisiones tan importantes como lo es la construcción de su futuro pensional, además en la calidad de médico que ostenta el demandante también debía conocer las prebendas que instauró la Ley 100 de 1993, que también tuvo impactos en el sistema de salud, por lo que no puede considerarse ahora que el demandante por su condición escolar desconocía la ley.

Adicionalmente, el material probatorio recaudado en esta instancia demostró que el demandante recibió varias asesorías de varios fondos donde le indicaron no solo la naturaleza, sino q también las ventajas y desventajas y como invertirían el capital ahorrado, no puede tenerse de recibo de que el ISS se iba acabar fuera un argumento importante para lograr el traslado de régimen, tan es así, que el testigo OSCAR VILLEGAS recibió la misma asesoría y decidió no trasladarse, ese traslado de él se efectuó 2 años después, indicando además que él estaba cotizando a CAJANAL y conocía que podía darse la misma situación y pese a eso decidió no trasladarse, el testigo Guillermo quien también recibió esa misma afirmación la extinción o liquidación del ISS, por lo tanto, no puede considerarse que ese hecho fue determinante para lograr el traslado del demandante, las circunstancias que rodearon el traslado no constituyeron ninguna lesión objetivamente cuantificable, máxime cuando el demandante no ha solicitado ningún tipo de pensión al fondo privado en el cual se encuentra actualmente y que se esté vulnerando su derecho a la seguridad social.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo el demandante es ineficaz por falta de información y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los dineros, frutos, rendimientos y demás emolumentos que posee la actora en su cuenta de ahorro individual.

Ineficacia del traslado de régimen por falta de información

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083, del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292, del 18 de octubre de 2017 SL 17595 y en la más reciente SL 1452 del 3 de abril de 2019 RAD: 68852, en lo que a la información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es obligación de las administradoras de fondos de pensiones suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso, la de anteponer los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar un afiliado, pues el hecho de firmar el formulario de afiliación no implica *per se*, que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo lo cual no prueba que la información se haya suministrado; luego son dichas entidades quienes tienen la carga de la prueba en demostrar que brindaron la información en los términos anotados en la jurisprudencia en comentario, a más que no es necesario que quien predica la nulidad o ineficacia de su traslado, deba tener una expectativa legítima para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, de ahí que los argumentos expuestos por las entidades accionadas, no encuentren sustento alguno, cabe resaltar que las sentencias aquí señaladas son las más recientes sobre la materia, las cuales encuadran perfectamente al caso *sub examine*.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que el señor JAIME GÓMEZ LÓPEZ el 22 de diciembre de 1995 (fl. 67), se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. efectuando cotizaciones a partir del 1° de enero de 1996, posteriormente, se trasladó a otros fondos de pensiones, encontrándose actualmente en PROTECCIÓN S.A., aportó al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES del 26 de enero de 1981 hasta enero de 1996, de manera ininterrumpida (fls. 10).

Conforme a ello, encuentra la Sala que si bien del formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. obrante a folio 67 se denota que el

accionante al momento de suscribirlo dejó constancia que la selección del RAIS la hacía de manera libre y espontánea, y que había sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, ello no significa que haya recibido la información suficiente por parte de la Administradora respecto de las consecuencias que conllevaba su decisión, pues en su momento la AFP PORVENIR S.A., debía informarle sobre las ventajas y desventajas que conllevaba el traslado, las pérdidas o ganancias en lo que a rendimientos podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, los casos en que procede la devolución de aportes, las diferentes modalidades de pensión y los requisitos para acceder a esta, entre otros aspectos, sin que el hecho de que se hubiere trasladado de fondo de pensiones en el mismo régimen de ahorro individual de por cierto que dichas entidades cumplieron con su deber de información, pues así no fue demostrado en el presente asunto.

Ahora, si bien el demandante es médico, tal situación no implica que tuviera pleno conocimiento sobre las características del régimen de ahorro individual y sus diferencias con el régimen de prima media, pues téngase en cuenta que para el momento de su traslado que lo fue en el año 1995, se trataba de un régimen nuevo que ni siquiera sus propios asesores tenía pleno conocimiento del tema, por lo que estos simplemente se basaban en brindar la información respecto de los beneficios del sistema, dejando a un lado las desventajas del mismo, que claramente influían al momento del reconocimiento pensional, aspectos que se encuentran corroborados con el interrogatorio de parte del actor y la declaración rendida por los testigos, quienes en efecto afirmaron que uno de los motivos por los cuales decidieron su traslado lo fue que el ISS se iba acabar, si bien del testimonio del señor OSCAR ALBERTO VILLEGAS, quien para entonces laboraba en la misma clínica donde trabajaba el actor y estuvo en las mismas reuniones realizadas por la AFP donde asistió el señor JAIME GÓMEZ, se manifestó que no efectuó su traslado de fondo en dicho momento y que lo hizo con posterioridad, ello no se debió porque no fuera parte su convencimiento para el traslado la desaparición del ISS, como lo hace entender el recurrente, de lo contrario, de su versión se estableció que no se trasladó en dicho momento porque estaba esperando posesionarse de forma estable en la clínica y una vez lo hizo fue que efectuó el traslado, agregando además que otros de los aspectos que los motivo al traslado fue que se iban a pensionar

a menor edad y con un mayor dinero, situación que en la realidad no fue así.

Bajo esa perspectiva es claro que la carga de la prueba le asistía a la AFP, pues era ella quien tenían que demostrar que tipo de información le brindo al momento de su traslado y afiliación a ésta; y si la misma fue veraz, sin que el hecho de firmar un formulario de afiliación de por cierto que tales circunstancias fueron de su conocimiento, de ahí que el traslado se torne ineficaz, aspecto que ha sido ampliamente establecido por la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, como se puede ver en reciente pronunciamiento contenido en la sentencia SL 4336 del 4 de noviembre de 2020 rad. 77804, en el cual se precisó:

“De entrada advierte la Corte la trasgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, porque el Tribunal le impartió plenos efectos al traslado, por el hecho de que no se acreditó vicios del consentimiento, desconociendo con ello que es menester demostrar por parte del fondo privado, por corresponderle la carga de la prueba, que sí le suministró al afiliado una asesoría completa y oportuna, puesto como se explicó en la sentencia CSJ SL12136-2014, «la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole».
(...)

De otro lado, cumple indicar que en materia probatoria a cada parte le corresponde, en principio, demostrar las afirmaciones o negaciones que sirven de fundamento de sus pretensiones o excepciones, de suerte que son ellas las que soportan las consecuencias de su inactividad, descuido, e incluso su equivocada actividad demostrativa.

Así, sobre la carga de la prueba en estos asuntos, la Corte en sentencia CSJ SL, 22 abr. 2004, rad. 21779, consideró:

[...] como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

Bajo ese derrotero era en Porvenir S.A. en quien recaía la carga de probar conforme al artículo 167 del CGP, pues si el accionante edificó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de esta

entidad, está aludiendo o poniendo de presente que la accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una negación de carácter indefinido y por ello radicaba en cabeza de esa demandada probar que sí cumplió con su deber legal, toda vez que la demostración de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearla, conforme lo dispone el artículo 1604 del CC”.

De otro lado, en lo que tiene que ver con los gastos de administración la alta Corporación ha considerado que al establecerse la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por COLPENSIONES.

Por lo que, tratándose de afiliados, la Sala Laboral de la CSJ ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 1688-2019, SL 2877-2020 y SL 1467-2021), entendiéndose que tal obligación está a cargo de cada uno de los fondos en que estuvo afiliado el demandante, tal y como lo sostuvo, en sentencia más reciente con radicado SL 1715 del 26 de abril de 2021, en la cual textualmente indicó:

“Finalmente, en sede de consulta, se adicionará la sentencia, en el sentido de ordenar a las AFP del RAIS trasladar a Colpensiones, junto con el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, las sumas de dinero percibidas por concepto de rendimientos financieros y los gastos de administración, debidamente indexados, por el periodo en que ésta permaneció afiliada a esas administradoras.

Así se decide, porque conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL782-2021, que reiteró la regla de las CSJ SL2611-2020 y CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, esta es una consecuencia correlativa y directa a la ineficacia del traslado”.

En cuanto a las consecuencias que implica el traslado en lo referente a COLPENSIONES, es claro que la aludida ineficacia trae consigo que ésta se

obligue a recibir los aportes provenientes de la AFP y reactivar la afiliación del actor al régimen administrado por aquella, como así lo indicó también la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia, reiterada en proveídos del 22 de noviembre de 2011 RAD: 33083 y del 3 de septiembre de 2014 RAD: 46292.

Consecuencias éstas que en nada afectan la estabilidad financiera del sistema y menos aún del ente de seguridad social, pues la ineficacia del traslado, implica entre otras cosas la devolución por parte de la AFP a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, con los cuales el ente de seguridad en su momento cubrirá las prestaciones a que haya lugar (sentencia del 8 de septiembre 2008, rad. 31989).

No obstante, se hace necesario **ADICIONAR** y por ende **MODIFICAR**, el ordinal segundo del proveído apelado, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de COLPENSIONES.

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un período

determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de éste a elevar tal solicitud no prescriba.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **ADICIONARÁ Y MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

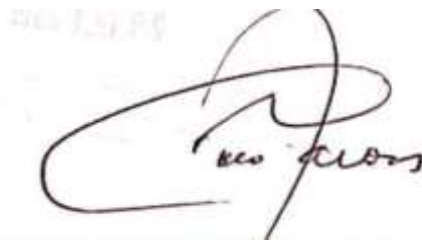
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

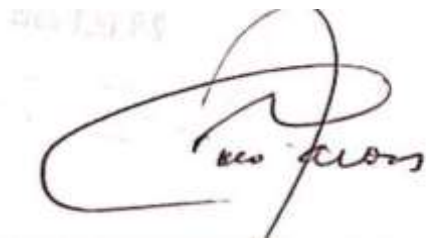


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

AUTO DEL PONENTE: se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES en la suma de \$ 900.000.



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado