



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por JOSE ELVER ALDANA RAMIREZ contra TAESMET S.A.S.

RADICADO: 11001 3105 007 2017 00183 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el mes de octubre de 2011 hasta el 1° de julio de 2015 y que en esta última fecha fue despedido sin justa causa, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de los siguientes conceptos: indemnización por terminación unilateral del

contrato, incapacidad generada desde el 1° de julio de 2015 hasta que se pensione por invalidez, pensión de invalidez, gastos médicos y hospitalarios requeridos para recuperar su salud, sanción por la no prestación oportuna del sistema de seguridad social integral en virtud del accidente laboral ocurrido y a las peticiones extra y Ultra petita y gastos y costas.

En sustento de sus pretensiones manifestó que ingreso a trabajar con la demanda el 1° de octubre de 2011, pero como la misma tiene como política contratar solo hasta diciembre entonces lo volvieron a contratar a partir del día 1° de febrero de 2012; que la modalidad de contrato de obra o labor determinada es usada para vulnerar prestaciones por cuánto ningún momento se trata de una obra o labor sino de actividades continuas y propias de la empresa; que el cargo para el que fue contratado fue el de pintor de estructuras metálicas sin embargo igualmente debía realizar labores afines a la metalurgia; que tenía un horario de 7:00 am a 5:00 pm y sábados de 7:00 am a 10:00 am; que el día 2 de marzo de 2014, a las 3:00 pm se encontraba manipulando una viga metálica y al hacer fuerza sintió un fuerte dolor en la espalda qué hizo que tuviera qué sentarse y le fue imposible pararse, lo cual fue comunicado inmediatamente al supervisor quien le dijo que eso se trataba con un apretoncito; que con la ayuda de sus compañeros se pudo parar y luego se fue para su casa, sin embargo al día siguiente no se puedo mover y le tocó ir a la EPS, en donde lo trataron como entre tres y cuatro meses; que la empresa se negó a reportar el accidente; que en los exámenes ordenados por la EPS se le encontró una hernia discal paramediana izquierda L4 L5 que comprime la raíz nerviosa; que el accidente fue causado por culpa patronal; que el 1° de febrero 2015, se presentó para firmar el nuevo contrato, sin embargo, le dijeron que ese nuevo contrato tenía que ser con un salario inferior ya que su capacidad laboral no era la misma en razón de la incapacidad y el tratamiento en el que se encontraba por la hernia en su columna vertebral; que cómo no lo contrataban en las mismas condiciones y se negó a aceptar el salario mínimo, se vio obligado a iniciar una acción de tutela ante la cual la

empresa le hice un nuevo contrato laboral pero por término fijo inferior a un año y con las condiciones salariales de los contratos anteriores; que para la fecha de terminación del contrato se encontraba en tratamiento y en espera de que la junta médica de la EPS definiera la cirugía que tenía que realizarse para corregir la hernia discal; que fue despedido en razón a la incapacidad laboral que presentaba.

Como fundamento normativo, citó los artículos 14, 22, 47,64, 193 y 200 del Código Sustantivo del Trabajo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La empresa TAESMET S.A.S., dio contestación a la demanda como se advierte a folios 91 – 91 del expediente, en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que entre las partes existieron varias relaciones de trabajo y ninguna tuvo como fecha de inicio octubre 2011; resaltó que la terminación del contrato obedeció a la expiración del plazo fijo pactado; manifestó que tratándose del pago de la incapacidad reclamada que el demandante a partir del 1° de julio 2015 no se encontraba vinculado laboralmente; respecto al pago de la pensión de invalidez indicó que se consideraba inválida la persona que por causa de origen profesional no provocada intencionalmente hubiese perdido el 50% de su capacidad laboral y frente a los gastos médicos refirió que en vigencia de las relaciones de trabajo estuvo afiliado al sistema general de seguridad social por lo que las prestaciones económicas y asistenciales fueron cubiertas por el sistema.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de febrero de 2021, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“**CONDENAR** a la sociedad TAESMET S.A.S. a reconocerle y pagarle al demandante señor JOSE ELVER ALDANA RAMIREZ, la suma de \$4.950.000 por concepto de indemnización por despido.*

*Se **ABSUELVE** de las restantes pretensiones de la demanda.*

*La excepción de prescripción se **DECLARA NO PROBADA** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*

***COSTAS** a cargo de la parte accionada vencida en el proceso, se fija la suma de \$800.000 por concepto de agencias en derecho.”*

Como fundamento de su decisión, el juzgado argumentó que en el proceso se probó que entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada con vigencia a partir del 1° de febrero de 2014 y que con posterioridad se celebró un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con fecha de iniciación de labores del 1° de febrero de 2015 hasta el día 1° de julio de 2015. Así mismo, indicó que se acreditó que la sociedad demanda con fecha 1° de julio de 2015, informó al demandante la imposibilidad de prorrogar el contrato y anuncio la terminación del mismo, con lo que se desvirtuaba lo señalado en la liquidación de prestaciones sociales “retiro voluntario”; en consecuencia y dado que la demandada no aplicó el artículo 46 del C.S.T, pues con anterioridad a la fecha de vencimiento del contrato, no avisó a la parte actora por escrito su determinación de no prorrogar el contrato el vínculo se entendió renovado por un periodo igual al inicialmente pactado y por tanto prosperaba la indemnización por despido injusto.

Respecto a las reclamaciones relacionadas con el pago de incapacidad, pensión de invalidez y gastos médicos, por el diagnóstico presentando por el demandante, se indicó que del Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se estableció que el actor presentaba un diagnóstico referido a discopatía con hernia discal L4 y L5 con fecha estructuración del 28 de abril de 2014, sin que hubiera sido posible determinar el origen de la patología por cuanto no obraban soportes que confirmaran la existencia de un accidente de trabajo, en ese sentido debía entenderse que la enfermedad que presentaba el demandante era de origen común, siendo atendidas las prestaciones asistenciales y económicas por el sistema general de seguridad social, por lo que estas

pretensiones no estaban llamadas a prosperar, así como tampoco la excepción de prescripción propuesta, como quiera que la demanda se presentó el 1° de marzo de 2017, esto es, sin superar el término de prescripción de 3 años contados a partir de la terminación de contrato de trabajo el 1° de julio de 2015.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación en consideración que entre las partes existió un contrato de trabajo en forma indefinida de 2012 hasta la fecha en que se mencionó. Igualmente refirió que había quedado probado que en el curso del proceso el demandante ingreso a trabajar en buenas condiciones de salud que al momento de su despido, el señor se encontraba incapacitado por una enfermedad que aunque no se logró probar que fuera de origen laboral, se encontraba acreditado que el demandante estaba en un tratamiento médico y por tanto tenía la condición de sujeto de especial protección y contaba con estabilidad laboral reforzada, por lo que no podía ser despedido, de tal suerte que resultando ilegalmente despedido debía accederse a las pretensiones y declarar que no había solución de continuidad en el contrato de trabajo, por lo que debía procederse con el reintegro y las demás consecuencias laborales que ello acarrearía, así como a suministrarle la rehabilitación que el señor Aldana requería.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala procederá a establecer si hay lugar a acoger las pretensiones del demandante en cuanto a declarar la existencia de una sola relación laboral entre el señor JOSE ELVER ALDANA RAMIREZ y TAESMET S.A.S, entre octubre de 2012 y el 1° de julio de 2015 bajo un contrato de trabajo a término indefinido y si resulta procedente el reintegro solicitado.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que de conformidad con las documentales obrantes en el plenario, tales como los contratos de trabajo aportados y las certificaciones expedidas, se colige que entre las partes existieron varias relaciones laborales, pues en la certificación laboral expedida el 27 de julio de 2015 (fl. 20), se indicó *“Que el señor JOSÉ ELVER ALDANA RAMÍREZ, identificado con cédula de ciudadanía número No. 80.659.586 expedida en Viotá (C/marca), laboró con nosotros desempeñando el cargo de PINTOR, con una asignación de un básico mensual de \$990.000,00 su contrato de trabajo fue por Duración de Obra o Labor Determinada desde el 28 de octubre de 2012, el cual se venía renovando de acuerdo a nuestra requisición de proyectos y su último Contrato fue a Término inferior a Un año desde el 1° de febrero 2015 al 1° de julio de 2015 (...)”*, también se allegó contrato individual de trabajo por la duración de obra o labor determinada No. 54, para desempeñar el cargo de pintor, con fecha de suscripción del 1° de febrero de 2014 (fl.14-15) y contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año No. 75, para desempeñar el cargo de pintor, con fecha de suscripción del 1° de julio de 2015 (fl.16-17); a lo que se agrega que tales hechos se desprenden de lo expuesto en los propios hechos de la demanda y se colige con lo expuesto por el propio demandante en la acción de tutela que presentó solicitando su reintegro a la demandada en donde señaló *“Primero-. Laboré para la empresa TAESMET SAS en virtud de contrato laboral por Duración e Obra o labor determinada, suscrito el día 1 de febrero de 2014, señalando al Señor Juez, que he venido trabajado para la referida empresa, bajo la misma modalidad de contrato desde el 29 de octubre de 2012 (...)”*.

Ahora bien, se pretende que se declare que existió una sola relación laboral entre las partes, mediante un contrato a término indefinido, sin embargo, diferente a los anteriores documentos no existen soportes probatorios que así lo acrediten, pues ello en todo caso no fue posible determinarlo de los testimonios rendidos por los señores PEDRO ALDANA RAMIREZ (hermano del demandante), YEIMI LORENA ALFONSO (esposa

del demandante) y JORGE SANABRIA (supervisor estructura metalmecánica y pintura de la demandada), pues a pesar de sus vínculos familiares y afectivos o laborales, ninguno de ellos dio cuenta sobre este aspecto, pues el señor PEDRO ALDANA no recordaba bien la fecha de vinculación de su hermano, y aunque señaló que fue como en octubre de 2012, no sabía cuándo fue la desvinculación, ya que si bien él también trabajó para la demandada terminó su vinculación el 9 de abril de 2013; la señora YEIMI ALFONSO, se pronunció básicamente sobre el incidente que había padecido su esposo y, el señor JORGE SANABRIA, mencionó que el demandante fue un operario-pintor en el 2012, no obstante, no recuerda la fecha de desvinculación del mismo, por lo anterior, se confirmará la decisión del a quo.

El otro reparo del recurrente se edifica en que al momento del despido del demandante éste se encontraba incapacitado y en tratamiento médico, y por tanto tenía la condición de sujeto de especial protección y contaba con estabilidad laboral reforzada, por lo que no podía ser despedido. Al respecto debe tenerse en cuenta que no se acreditó que al momento del despido el trabajador estuviera incapacitado pues no se allegó comprobante de incapacidad o soporte alguno del cual ello pudiera colegirse y en todo caso el mismo demandante en el interrogatorio de parte absuelto confesó, que para la fecha de terminación del contrato no se encontraba incapacitado y, de la historia clínica allegada junto con la demanda tampoco puede inferirse que para la fecha de terminación del contrato el mismo estuviera en tratamiento médico o contara con calificación de pérdida de capacidad laboral, pues la última historia clínica que obra en el plenario tiene fecha del 7 de junio de 2014, debiéndose en todo caso precisar que no existe soporte que acredite que la misma fue puesta en conocimiento del empleador ya que no cuenta con sello y/o firma de recibido y el dictamen de pérdida de capacidad laboral que se realizó al demandante fue decretado por el a quo en el curso del proceso.

Adicionalmente, frente a la situación médica del demandante al momento del despido, se rindieron testimonios de los familiares PEDRO ALDANA RAMIREZ (hermano del demandante), YEIMI LORENA ALFONSO (esposa del demandante), quienes refirieron que las afecciones se presentaron con motivo de un accidente sufrido en la empresa demandada, las cuales persistían al momento del despido. Tales declaraciones deben ser valoradas con sumo cuidado en razón a que su imparcialidad podría estar comprometida, advirtiéndose que de la historia clínica aportada vista a folios 30-82 del expediente se desprende que el demandante venía presentado con anterioridad a la fecha en que el mismo refirió que ocurrió el accidente, afecciones en la región lumbar, pues en la historia clínica de fecha 19 de febrero de 2014, en el acápite de enfermedad actual se indicó “REFIERE DOLOR DE CINTURA DE 1 M DE EVOLUCIÓN VALORADO EN URGENCIAS MANEJO ANALGESICO CON MEJORIA DX LUMBAGO MECANICO SOLICITA VALORACION Y TERAPIAS” y, en la historia clínica del 3 de marzo de 2014, esto es, el día siguiente en que se refirió que ocurrió el accidente se indica, nuevamente EN el acápite de enfermedad actual “*PACIENTE CONOCIDO POR FISIATRIA QUIEN HABIA ORDENADO TEST FARRIL Y RNM DE COLUMNA LUMBOSACRA PERO NO SE REALIZÓ. HACE UN MES DOLRO (SIC) NUEVAMENTE EN REGIN (SIC) LUMBAR IZQUIERDO IRRADIADO A GLUTEO Y SE PASA A REGION POSTERIOR DE PIERNA. ADEMAS EDEMA EN REGIN DE TRICEPS SURAL Y REFIERE QUE SE PONE “NEGRA” LA PIERNA IZQUIERA. TOMA TRAMADOL SIN MEJORIA*”; posteriormente, en la historia clínica del 17 de marzo de 2014, se señaló “PACIENTE CON CUADRO DE DOLOR EN MIEMBRO INFERIOR DE PREDOMINIO EN CADERA Y PIERNA CON LA MARCHA, QUE SE ASOCIA A EDEMA Y CIANOSIS? NIEGA TRUAMA (SIC), REFIRE ASISTIÓ POR SERVICIO MEDICO QUIEN INDICÓ DOPPLER DE MIEMBROS INFERIORES QUE NO HA PODIDO REALIZAR AUN, NIEGA FIEBERE, DISNEA U OTRO SINTOMA; así mismo, en la historia clínica del 19 de marzo de 2014, se indicó “*ACUDE POR CUADRO DE 1 MES DE EVOLUCIÓN CARACTERIZADO POR DOLOR ANIVEL (SIC) CADERA IZQUIERDAO DE INICIO PROGRESIVO QUE SE HACE CONSTANTE DE INTENSIDAD MODERADA ASOCIADO A*

DOLOR ANIVEL DE EPIERNA IZQUIERDA Y MUSLO IZQUIERDO. NIEGA TRAUMA ALGUNO RECIENTE. NO PLEJIAS NO EDEMAS. VALORADO POR URGENCIAS DÍA 17 DE MARZO DE 2014 DX PSEUDOCOXALGIA Y DESCARTARON TVP POR EXAMEN FISICO, SE ORDENA DOPPLER POR PARTEDE (SIC) FISIATRIA Y TAC DE PELVIS PARA TOMA EL 31 DE MARZO FUE ASIGANADA CITA POR ORTOPEDIA PARA EL 1 DE ABRIL”

A lo anterior se agrega que del testimonio rendido por el señor JORGE SANABRIA, supervisor en la demandada, que refiere recordar que lo que en alguna ocasión le comentó el demandante era de estar padeciendo de lumbalgia, todo lo cual desvirtúa la ocurrencia de un accidente de trabajo y en consecuencia que su diagnóstico tuviera origen profesional. Es más, en el propio dictamen rendido por la Junta Regional de calificación de invalidez No. 80659586 – 718 expedido el 28 de febrero de 2020 (fl. 277-279), frente al origen de la patología se señala “*En cuanto al origen de la patología, discopatía lumbar, con hernia discal y radiculopatía, no fue posible determinar, dado que no se aportaron los soportes que puedan confirmar la ocurrencia de un presunto accidente. Se revisa y se califica la pérdida de capacidad laboral de acuerdo con los antecedentes clínicos, paraclínicos y hallazgos del examen físico, por secuelas de discopatía con hernia discal L4L5 y radiculopatía L5S1, izquierda (...)*”. En ese orden se advierte que lo dicho por los testigos pierde veracidad y en consecuencia dado que no existe incapacidad ni documento médico alguno que acredite que el demandante se encontraba en una situación médica especial al momento de la terminación del contrato, no es posible tenerlo por establecido.

Finalmente, respecto a la solicitud de reintegro debe señalarse que al revisar el petitum de la demanda, no se advierte que el mismo, hubiese sido solicitado, por lo que se trataría de una pretensión nueva que no fue discutida en la primera instancia y que por tanto resulta inadmisibile su análisis, pues no puede olvidarse que la competencia del juez se limita a las pretensiones y hechos planteados en la demanda, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, por lo que se debe obrar en ese marco, como quiera que esto es lo que edifica la

relación jurídica sustancial y procesal en el espacio jurisdiccional, tal y como lo ha señalado la C.S.J, S.C.L. en sentencia SL-440-2021 y tratándose de la segunda instancia la limitación esta dada por las materias de la apelación siempre que tengan relación con lo debatido en el proceso.

Por las anteriores razones, se procederá a confirmar la decisión y no se impondrán costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

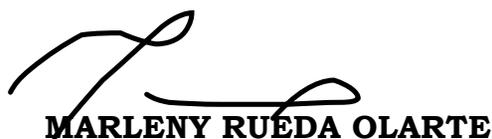
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR ATECNO S.A. contra EPS SOS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00809 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ATECNO S.A. en contra el fallo proferido el 18 de junio de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 11 de diciembre de 2020 (fl. 67) y remitido el expediente a esta Corporación el 8 de julio de 2021 (C2 fl. 1).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La empresa ATECNO S.A. pretendió que en su favor se ordenará el reconocimiento y pago de las incapacidades que a continuación se relacionan, más los intereses moratorios de que trata la Ley 1281 de 2002 y el pago de costas y agencias en derecho. Subsidiariamente, solicitó que

en el evento de no reconocer el pago de los intereses moratorios se acceda a pagar el valor de las incapacidades debidamente indexadas.

No.	Incapacidad	Inicio incapacidad	Días	Valor	IBC Liquidación
1	1236295	2/05/2014	5	\$ 86.133,00	\$ 1.292.000,00
2	1184421	23/01/2014	5	\$ 61.596,00	\$ 791.750,00
3	1223328	19/03/2014	7	\$ 102.665,00	\$ 788.000,00
4	24727808	25/05/2015	3	\$ 18.555,00	\$ 835.000,00
5	22185189	1/10/2014	3	\$ 20.644,00	\$ 929.000,00
6	11559993011	28/08/2013	4	\$ 21.288,00	\$ 957.985,00
7	1336034	13/11/2014	3	\$ 14.444,00	\$ 650.000,00
8	11730700	8/04/2015	4	\$ 34.044,00	\$ 766.000,00
9	11800750	14/04/2015	11	\$ 171.666,00	\$ 702.286,00
10	513775	5/05/2015	12	\$ 189.456,00	\$ 710.500,00
11	961800	23/02/2017	10	\$ 245.890,00	\$ 737.717,00
12	20170324	22/03/2017	3	\$ 24.589,00	\$ 738.000,00
13	321478	4/04/2017	10	\$ 196.712,00	\$ 738.000,00
14	323103	18/04/2017	5	\$ 73.767,00	\$ 738.000,00
15	1164370011	11/12/2013	19	\$ 186.675,00	\$ 589.500,00
16	1214386	3/03/2014	3	\$ 20.533,00	\$ 816.167,00
17	118220858	15/04/2015	3	\$ 75.533,00	\$ 1.103.000,00

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte actora manifestó que durante la vigencia de la relación laboral a los siguientes trabajadores les fueron pagadas las incapacidades que a continuación se relacionan: MARIBEL AGUIRRE CARDONA (incapacidad No. 1236295); MARIA DEL CARMEN VANEGAS RODELO (incapacidades No 1184421 y 1223328); DIANA CAROLINA ARITIZABAL MARIN (incapacidad No. 24727808); VANESA ALEXANDRA RAMIREZ RUIZ (incapacidad No. 22185189); LUZ ANDREA GARCIA (incapacidad No. 1159993011); LUZ MIRIAM SANCHEZ ARANGO (incapacidades No. 1336034, 11730700, 11800750 y 513775); INGRID JIMENA JIMENEZ VELASQUEZ (incapacidades No 961800, 20170324, 321478 y 323103); LIZANYURI SANCHEZ SOTO (incapacidad No. 1164370011); KAREN RIVERA RODRIGUEZ (incapacidad No. 1214386) y VIVIANA ANDREA ARTIAGA ROJA (incapacidad No. 118220858), también señaló que respecto de todas y cada una de las incapacidades antes enunciadas la

empresa presentó solicitud de pago ante la EPS, no obstante, a la fecha de presentación de la demanda se había negado el pago en los montos solicitados a pesar las solicitudes radicadas. Igualmente, mencionó que durante la vigencia de la relación laboral pago de manera completa y oportuna las cotizaciones al sistema general de seguridad social y en ningún momento ha estado en mora respecto del pago de cotizaciones. Finalmente, señaló que radicó derecho de petición ante la EPS el 5 de mayo de 2016, solicitando el pago de las incapacidades reclamadas.

III. RESPUESTA EPS SOS S.A.

La demandada sostuvo que mediante transferencia electrónica del banco de Bogotá reportada por la parte actora realizó el pago de las incapacidades expedidas a INGRID JIMENA JIMENEZ VELASQUEZ, DIANA CAROLINA ARISTIZABAL MARIN, LUZ MIRIAM SANCHEZ ARANGO, VIVIANA ANDREA ARTIAGA ROJAS, MARIBEL AGUIRRE CARDONA, MARIA DEL CARMEN VANEGAS RODELO, VANESA ALEXANDRA RAMIREZ RUIZ, LUZ MIRIAM SANCHEZ ARANGO y KAREN RIVERA RODRIGUEZ y que las incapacidades expedidas a LUZ ANDREA GARCIA y LIZANYURI SANCHEZ SOTO serían reconocidas y pagadas mediante transferencia electrónica a la cuenta bancaria reportada dentro del mes siguiente al recibo de la contestación y que por tanto se encontraba ante una carencia del objeto por un hecho superado. No propuso excepciones de mérito.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, ordenando el pago de \$319.204 con las correspondientes actualizaciones monetarias, señalando que como la demandada indicó que las incapacidades habían sido pagadas mediante transferencia electrónica salvo las expedidas a Luz Andrea García y Lizanyuri Sánchez Soto, procedió con su verificación no obstante, al no allegarse soporte de ello, se solicitó a la empresa demandante información sobre el pago realizado,

informándose que las incapacidades que estaban pendientes de pago correspondían a MARIBEL AGUIRRE CARDONA (incapacidad No. 1236295); MARIA DEL CARMEN VANEGAS RODELO (incapacidades No. 1184421 y 1223328); VANESA ALEXANDRA RAMIREZ RUIZ (22185189); LUZ MIRIAM SANCHEZ ARANGO (incapacidad No. 1336034) y KAREN RIVERA RODRIGUEZ (incapacidad No. 1214386), con lo que se advertía el cumplimiento parcial de las pretensiones, no obstante, no se estaba en presencia de un hecho superado como quiera que la totalidad de las pretensiones no habían sido satisfechas, en esa medida y como no existía ninguna controversia a dirimir ya que las incapacidades habían sido reconocidas, se procedió a verificar si las mismas fueron correctamente liquidadas por la EPS, luego de realizadas las operaciones aritméticas el despacho determinó que el valor de las mismas ascendía a \$319.204. Respecto a la solicitud de pago de intereses moratorios, señaló que el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, contemplaba su procedencia, sin embargo, para ordenar su pago debía mediar requerimiento o radicado de la solicitud, por lo tanto, y como no obraba prueba clara de tal requerimiento ante la EPS, ni negación de la misma antes de la presentación de la demanda, se abstuvo de acceder al reconocimiento.

V. IMPUGNACIÓN ATECNO S.A.

ATECNO S.A., presentó recurso de apelación frente a la negativa de acceder a las pretensiones relacionadas con los intereses moratorios, fundamentada en que con la demanda se allegaron todas las reclamaciones, las cuales incluso en el cuerpo petitorio de la demanda y en el archivo de Excel se relacionaron cada uno de los consecutivos con los cuales se radicaron las solicitudes de reembolso por medio de la página web de la EPS, no obstante, precisa que como las solicitudes se hicieron por medio electrónico administrado por la EPS, el cual a veces funciona y a veces no, no fue posible obtener la totalidad del cruce de información, resaltando que en todo caso la EPS en conocimiento del deber de pago que tenía respecto de las incapacidades reclamadas procedió con el pago antes de dictar sentencia, así mismo, indicó que debía tenerse en cuenta y valorarse que la EPS en su escrito no hizo

comentario alguno frente a la reclamación presentada y frente a la que guardó silencio lo cual significaba aceptación de su existencia de acuerdo con la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y que la sentencia violaba de manera directa lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 2° del artículo 2.1.1.3 del Decreto 780 de 2016, aunado a lo anterior, refirió que teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 167 del CGP, que establecía que una vez demostrada la existencia de un trato irrazonable e incompatible el juez estaba facultado para trasladar la carga de la prueba a la persona que estuviera en mejores condiciones para demostrar los eventos alegados, por todo lo anterior resultaba procedente el reconocimiento de los intereses moratorios.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por ATECNO S.A., debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el **artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016** que compiló lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, de acuerdo con el cual se establecen unos periodos dentro de los que debe realizarse el pago de las prestaciones económicas por las EPS y EOC al empleador y/o aportante, así como, se contempla el pago de intereses moratorios en el evento de no realizarse el pago de la prestación dentro de los periodos definidos, así se tiene que el artículo en mención señala:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. <Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> 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 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 verificarla <sic> 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 4o 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 competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.*

(Artículo 24 del Decreto 4023 de 2011)."

De igual forma y toda vez que tratándose de los intereses moratorios, la norma antes citada nos remite al **artículo 4 del Decreto 1281 de 2002**, debe acudirse al mismo a efectos de advertir lo que este dispone:

“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.”*

Así las cosas y teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas antes mencionadas, se tiene que las EPS deben cancelar en forma directa al aportante las incapacidades y/o licencias, debiéndose para ello presentar la solicitud de reconocimiento por parte del empleador y/o aportante, luego la EPS dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la reclamación procederá con la revisión y liquidación de las mismas, así como procederá con la autorización o no de la misma, advirtiéndose que en el evento en que esta sea autorizada deberá pagarse dentro de los 5 días hábiles siguientes, debiéndose tener en cuenta que el no pago dentro del periodo señalado, esto es, 20 días hábiles contados a partir de la reclamación presentada por el empleador y/o aportante, genera sanciones, correspondientes a intereses de mora liquidados a la tasa de interés moratorios establecidos para los tributos administrados por la DIAN.

De conformidad con lo anterior, es claro que para poder establecer la procedencia de los intereses moratorios se requiere tener certeza respecto de la reclamación presentada por ATECNO S.A., frente a cada una de las incapacidades reclamadas en la demanda, sobre el particular se advierte que en la prueba documental que reposa en el CD allegado por la empresa

demandante, obra *comprobantes de incapacidad rechazo de indemnización*” y/o *certificado de incapacidad* de los que es factible establecer la fecha en que se solicitó el pago de la incapacidad, como se observa a continuación:

No.	Identificación	Trabajador	Incapacidad	Inicio incapacidad	Días	Fecha de radicación solicitud de pago	Fecha Rta / Motivación	vencimiento Plazo para el pago	Inicio Intereses
1	67.013.988	MARIBEL AGUIRRE CARDONA	1236295	2/05/2014	5	7/05/2014	31/07/2014 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	5/06/2014	6/06/2014
2	67.032.220	MARIA DEL CARMEN VANEGAS RODELO	1184421	23/01/2014	5	30/01/2014	26/06/2014 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	27/02/2014	28/02/2014
3			1223328	19/03/2014	7	31/03/2014	26/06/2014 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	30/04/2014	1/05/2014
4	1.053.771.041	DIANA CAROLINA ARISTIZABAL MARIN	24727808	25/05/2015	3	11/06/2015	04/08/2015 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	13/07/2015	14/07/2015
5	1.087.988.096	VANESA ALEXANDRA RAMIREZ RUIZ	22185189	1/10/2014	3	18/10/2014	23/01/2015 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	18/11/2014	19/11/2014
6	1.107.054.472	LUZ ANDREA GARCÍA	11559993011	28/08/2013	4	27/11/2013	18/12/2013 - Se ha liquidado al 66,67% 1 día.	26/12/2013	27/12/2013
7	1.113.513.775	LUZ MIRIAM SANCHEZ ARANGO	1336034	13/11/2014	3	19/11/2014	18/03/2015 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	18/12/2014	19/12/2014
8			11730700	8/04/2015	4	10/04/2015	29/05/2015 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	11/05/2015	12/05/2015
9			11800750	14/04/2015	11	14/04/2015	29/05/2015 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	13/05/2015	14/05/2015
10			513775	5/05/2015	12	6/05/2015	15/07/2015 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	4/06/2015	5/06/2015
11	1.130.596.865	INGRID JIMENA JIMENEZ VELASQUEZ	961800	23/02/2017	10	29/03/2017	15/05/2017 - se ha liquidado al 100% 6 días sentencia C - 543/2007	28/04/2017	29/04/2017
12			20170324	22/03/2017	3	29/03/2017	15/05/2017 - se ha liquidado al 100% 3 días sentencia C - 543/2007	28/04/2017	29/04/2017
13			321478	4/04/2017	10	12/04/2017	Se ha liquidado al 100% 10 días sentencia C - 543/2007	15/05/2017	16/05/2017
14			323103	18/04/2017	5	28/04/2017	07/06/2017 Se ha liquidado al 100% 10 días sentencia C - 543/2007	30/05/2017	31/05/2017
15	1.130.56.898	LIZANYURI SANCHEZ SOTO	1164370011	11/12/2013	19	20/12/2013	03/01/2014 - Se ha liquidado al 100% 19 días sentencia C - 543/2007	22/01/2014	23/01/2014
16	1.143.846.359	KAREN RIVERA RODRIGUEZ	1214386	3/03/2014	3	7/03/2014	26/06/2014 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	7/04/2014	8/04/2014
17	1.151.942.253	VIVIANA ANDREA ARTIAGA ROJAS	118220858	15/04/2015	3	22/04/2015	15/07/2015 - No hay pago de indemnización a cargo del SGSS por mora del empleador.	22/05/2015	23/05/2015

En ese orden de ideas, y toda vez que se advierte que en el presente asunto el objeto de debate verso en el pago total de las incapacidades

reclamadas, es decir, que no se presentaron pagos parciales sobre las mismas en virtud de los cuales pudiera existir un reproche ante la inactividad del reclamante, se condenará a la demandada EPS SOS S.A., al pago de los intereses moratorios por el no reembolso oportuno de las incapacidades reclamadas conforme a la tasa establecida para los tributos administrados por la DIAN, teniendo como extremo inicial la fecha que a continuación se señala y como extremo final la fecha en que se haya efectuado el pago o se efectúe el pago y sobre el valor en que se haya efectuado el pago o el determinado por la Superintendencia en la sentencia:

No.	Identificación	Trabajador	Incapacidad	Inicio Intereses	Fin Intereses
1	67.013.988	MARIBEL AGUIRRE CARDONA	1236295	6/06/2014	Fecha en que se pague la incapacidad por EPS SOS S.A.
2	67.032.220	MARIA DEL CARMEN VANEGAS RODELO	1184421	28/02/2014	Fecha en que se pague la incapacidad por EPS SOS S.A.
3			1223328	1/05/2014	Fecha en que se pague la incapacidad por EPS SOS S.A.
4	1.053.771.041	DIANA CAROLINA ARISTIZABAL MARIN	24727808	14/07/2015	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.
5	1.087.988.096	VANESA ALEXANDRA RAMIREZ RUIZ	22185189	19/11/2014	Fecha en que se pague la incapacidad por EPS SOS S.A.
6	1.107.054.472	LUZ ANDREA GARCÍA	11559993011	27/12/2013	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.
7	1.113.513.775	LUZ MIRIAM SANCHEZ ARANGO	1336034	19/12/2014	Fecha en que se pague la incapacidad por EPS SOS S.A.
8			11730700	12/05/2015	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.
9			11800750	14/05/2015	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.
10			513775	5/06/2015	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.
11	1.130.596.865	INGRID JIMENA JIMENEZ VELASQUEZ	961800	29/04/2017	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.
12			20170324	29/04/2017	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.

13			321478	16/05/2017	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.
14			323103	31/05/2017	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.
15	1.130.56.898	LIZANYURI SANCHEZ SOTO	1164370011	23/01/2014	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.
16	1.143.846.359	KAREN RIVERA RODRIGUEZ	1214386	8/04/2014	Fecha en que se pague la incapacidad por EPS SOS S.A.
17	1.151.942.253	VIVIANA ANDREA ARTIAGA ROJAS	118220858	23/05/2015	Fecha en que se pagó la incapacidad por EPS SOS S.A.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 3 de la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, de fecha 10 de febrero de 2020, en el sentido de ordenar también el pago de los intereses moratorios a la tasa establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, causados desde el vencimiento del plazo señalado para cada una de las incapacidades y hasta el momento en que se efectuó su pago, conformidad con lo consignado en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RISSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR FABIO HERNANDO AHUMADA PUENTES contra CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN Y OTROS.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 01046 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, contra el fallo proferido el 13 de febrero de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 27 de febrero de 2021 (fl. 103) y remitido el expediente a esta Corporación el 12 de agosto de 2021.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

El demandante pretendió que en su favor se ordenará el reembolso de \$5.184.000 por concepto de la cirugía practicada a su cónyuge y

beneficiaria MARTHA INES OSSA TOBON y los medicamentos que le fueron ordenados a la misma.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

El actor manifestó que era cotizante de CAFESALUD y tenía como beneficiaria a su cónyuge MARTHA INÉS OSSA TOBÓN; que el 21 de noviembre de 2016 su esposa acudió a consulta con medicina general para lectura de resultados de ecografía de tiroides y biopsia que le habían sido realizadas con anterioridad, diagnosticándose sospecha de carcinoma papilar asociado a una tiroiditis categoría v Bethesda; que el médico tratante ordenó exámenes de laboratorio y la remitió a consulta con cirujano de cabeza y cuello de manera prioritaria, emitiendo la autorización de servicios No. 17366 3601 con destino a la calle 8 número 24-51 de Bogotá; que al realizar las gestiones para obtener la realización de la cirugía fue cambiada la orden de servicios por la número No. 73692762 del 12 de noviembre de 2016, remitiendo al CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS SAN DIEGO, orden en la que se colocó un sello que dice trámite pago anticipado 45 días hábiles; que ante tal noticia tomaron la decisión de consultar con el doctor FRANCISCO ZAMBRANO cirujano de cabeza y cuello, quien la valoro y considero que era urgente realizar la cirugía para lograr una pronta recuperación de la salud; que interpuso acción de tutela a fin que se le autorizara la cita con el cirujano de cabeza y cuello la cual le fue concedida el 5 de diciembre 2016, en la que se ordenaron exámenes y la cirugía pero continuo la demora en la atención; que el 21 de diciembre consultaron cuando sería la fecha del procedimiento y le informaron que el convenio con la clínica estaba cancelado hasta nueva orden y que se debía seguir esperando a que resolvieran el problema o que la remitieran a otra entidad; que en tres oportunidades se insistió en dicha autorización y en todas las ocasiones se informó lo mismo que no había convenio vigente; los mismos funcionarios de CAFESALUD le informaron que era preferible que acudiera una IPS particular y que posteriormente solicitará el valor del reembolso ante la EPS; buscando evitar un deterioro de la salud decidieron realizar el procedimiento particular en el centro de

investigaciones Clínica San Diego y allí se le realizó cirugía por el doctor Pablo Jiménez el 25 de enero 2017, médico que le formuló los medicamentos requeridos para la condición de salud, clínica que tenía contrato con Cafesalud y que a la que inicialmente la remitieron para la atención con el cirujano Pablo Jiménez con quien alcanzó a tener cita y realizar algunos exámenes antes de que se terminara el contrato.

III. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS

La demandada sostuvo que se oponía al reconocimiento y pago de la suma de \$5.184.000 por concepto de los gastos en que incurrió el actor por la cirugía practicada a la cónyuge del demandante señora MARTHA INÉS OSSA TOBON en el CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS – CLINICA SAN DIEGO y compra de medicamentos, en razón al incumplimiento de los requisitos exigidos por la resolución No. 5261 de 1994. Propuso las excepciones que denominó ausencia del cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso, el caso del paciente no es una urgencia vital, la IPS no solicitó autorización para la atención de urgencia, la factura de venta no cumple con los requisitos legales, los recursos de la salud tienen una destinación específica y genérica.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a la pretensión formulada y ordenó reconocer y pagar la suma de \$5.184.000, teniendo en cuenta la protección especial a personas con cáncer y la obligación de las EPS de hacer entrega de medicamentos sin dilaciones injustificadas y fundamentado en la inoportunidad de la atención que ameritaba la paciente para aclarar su diagnóstico y definir su manejo, ya que ello era indispensable para controlar el avance del cáncer papilar de tiroides, refiriendo que de las pruebas allegadas se había concluido que la señora OSSA TOBÓN, no contó con los servicios médicos requeridos de manera eficiente y oportuna para tratar la patología padecida ante

la incapacidad imposibilidad y o negligencia para autorizar la tiroidectomía total y vaciamiento radical de cuello de manera prioritaria y que luego de la programación de la cita no le brindó ninguna alternativa a la afiliada, con lo cual podría empeorar su pronóstico y complicar su salud.

Indicó que tampoco se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 de la resolución 1552 de 2013, respecto al análisis periódico de la información para la adecuación de su red y optimizar la oportunidad de la consulta médica especializada, pues no sé adjunto ningún soporte de ello y que no podía olvidarse que las EPS eran las responsables de las actividades propias de su objeto social de manera que desde la vinculación al sistema tenía la obligación de la prestación de un servicio de salud eficiente y de calidad, por lo que no había razón válida para que se hubiera retardado la autorización del procedimiento quirúrgico, sin que se le pudiera trasladar a los usuarios las cargas administrativas que le correspondía asumir a los prestadores del servicio. Así determinó que se cumplieran los presupuestos contemplados en el artículo 41 de la ley 1122 de 2007.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, impugnó la decisión, mediante escrito en el que solicitó la revocatoria de la sentencia, argumentando que para que procediera el pago de un reembolso médico se debían presentar los siguientes supuestos: 1) que el servicio brindado por la IPS no adscrita a la red de prestadores de la EPS se tratara de una atención de urgencias; 2) el servicio prestado hubiese sido autorizado por la EPS y 3) que hubiese existido por parte de la EPS incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud, señalando que la paciente OSSA TOBON de forma voluntaria y premeditada no asistió a la red prestadora de CAFESALUD EPS y decidió acudir a otra IPS de manera particular, ello aunado a que se trató de un atención ambulatoria y no de una urgencia vital y que en todo caso en el evento de considerarse que la atención era una urgencia,

la IPS tampoco cumplió con la obligación jurídica de informar a la EPS sobre los servicios que suministraron por la urgencia, también indicó que la EPS ordenó realizar la cirugía la señora OSSA TOBÓN, sin embargo, no obraba prueba que se le hubiere autorizado la cirugía en los prestadores de servicio con las que la EPS tuviera convenio y que el prestador de servicios CENTRO DE INVESTIGACIÓN ONCOLÓGICA CLÍNICA SAN DIEGO SAS señaló que el contrato de prestación de servicios suscrito con CAFESALUD estuvo vigente hasta el 14 de diciembre de 2016, asimismo indicó que el demandante no probó la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificado, negligencia de la prestación de servicio de salud por parte de cafesalud EPS, pues en la historia clínica se advertía la atención prestada a la paciente al 5 de diciembre de 2016, por el doctor PABLO JIMÉNEZ, en cuya consulta se ordenó el procedimiento de tiroidectomía total más vaciamiento radical de cuello y en el expediente aparecía copia de la autorización No. 17369 22762 en la cual figuraba sello del 21 de noviembre de 2016 y que de acuerdo con la auditoría realizada se estableció que en atención a la sintomatología presentada se solicitó ecografía y bacaf de tiroides cuyos resultados fueron sospechosos de carcinoma papilar asociada tiroides grado v Bethesda motivo por el cual se le remitió a consulta de cirugía de cabeza y cuello en EL CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLÓGICAS SAN DIEGO, así como que se iban generado las respectivas autorizaciones con el fin de establecer el diagnóstico y la conducta a seguir tanto quirúrgica como alternativas terapéuticas (radioterapia y o quimioterapia), finalmente indicó que había una falta de cumplimiento de las obligaciones como afiliado contempladas en el artículo 10 de la ley estatutaria 1751 de 2015.

Establecida de esta manera la inconformidad, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la

Resolución N° 5261 de 1994 *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, el reconocimiento de reembolsos por gastos de servicios de salud procede en los siguientes casos:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
3. **En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** (Subrayas fuera de texto)

Así mismo, se tiene que para el reconocimiento de dichos reembolsos se requiere: i) que la solicitud se realice en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y ii) adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente.

Al respecto, debe señalarse que si bien la Resolución No. 5261 de 1994, contempla un término para presentar la solicitud de reembolso, dicho plazo corresponde al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la entidad, razón por la cual el no cumplimiento del mismo, no puede 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 concurren.

Precisando lo anterior, se tiene que la Superintendencia Nacional de Salud accedió al reembolso de la suma reclamada teniendo como fundamento que las personas con sospecha o diagnóstico de cáncer merecían una protección constitucional reforzada, lo cual se traducía en un deber de brindarles acceso sin obstáculos y al oportuno tratamiento integral para la atención de su patología y que en el presente asunto, existió inoportunidad en la atención que ameritaba la paciente para aclarar su diagnóstico y definir su manejo ya que ello era indispensable para controlar el avance del cáncer papilar de tiroides que padecía la Señora OSSA TOBÓN.

En este orden de ideas, considera esta Sala de decisión que en nada erró la Superintendencia al acceder a las pretensiones, pues de las documentales allegadas al plenario tales como la historia clínica (fl. 19-20), se desprende que desde el 21 de noviembre de 2016, ya se contaba con el reporte de la biopsia que le fue realizada a la señora MARTHA INES OSSA TOBON, el 27 de octubre de 2016, frente a la que se registró *“BACAF, SOSPECHOSO DE CARCINOMA PAPILAR ASOCIADO A UNA TIROIDITIS (CATEGORIA V BETHESDA)”* y en las recomendaciones se estipuló REMISIÓN PRIORITARIA CIRUGIA CABEZA Y CUELLO, aspecto que se reiteró en el acápite de procedimiento *“SOLICITUD E INTERCONSULTA ESPECIALIZADA CIRUGIA DE CABEZA Y CUELLO POR COMPLEJIDAD Y PERTINENCIA”*, frente a la cual se expidieron autorizaciones de servicio No. 173663601 fl.21 (Cil. 8 # 24 – 51) y 3692762 fl. 22 (CENTRO DE INVESTIGACIONES ONCOLOGICAS CLINICA SAN DIEGO S.A.).

La valoración por el especialista de cirugía de cabeza y cuello, fue realizada el 5 de diciembre de 2016, por el profesional PABLO JIMENEZ, quien determinó como plan de manejo para la patología diagnosticada¹ *“CIRUGIA”*, en virtud de la cual se expidieron ordenes No. 775308 fl. 26 (CONSULTA DE PRIMERA VEZ ANESTESIOLOGÍA) y 775309 fl. 27 (TIROIDECTOMIA TOTAL SOD – COLGAJO LOCAL DE PIEL COMPUESTO

¹ “D440-TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DE LA GLANDULA DE TIROIDES”.

DE VECINDAD ENTRE CINCO A DI – VACIAMIENTO LINFATICO RADICAL DE CUELLO UNILATERAL SOD), advirtiéndose que la orden de consulta de anestesiología cuenta con dos sellos de radicación ante la EPS, por atención al usuario, de fechas 21 de diciembre de 2016 y 10 de enero de 2017, e incluso una posterior a la cirugía particular que se le realizó a la señora OSSA TOBON del 1 de febrero de 2017, de lo que se colige que en diversas oportunidades se intentó programar por la usuaria la cita de anestesiología, siendo esta una etapa previa a la cirugía y sin la cual no podría efectuarse la misma, evidenciándose que para la fecha de la segunda radicación ya había pasado mas de un mes desde la fecha en que se determinó que se requería la cirugía, sin obtener si quiera una fecha para valoración con anestesiólogo.

De otra parte, de la respuesta suministrada por la CLINICA SAN DIEGO, ante el requerimiento realizado por la SUPERINTENDENCIA, se desprende que el contrato sostenido con CAFESALUD EPS inició el 1° de noviembre de 2016 y terminó el 14 de diciembre de 2016, es decir, que para la fecha en que se estaban radicado la solicitudes no existía convenio entre la EPS y la IPS a la que se había direccionado a la usuaria para la atención y práctica de los procedimientos, sin que se hubiere acreditado que CAFESALUD EPS hubiere suministrado otro u otros prestadores de servicios que pudieran brindar la atención medicó-quirúrgica requerida por la paciente, máxime la constante radicación de la orden de anestesiología, lo cual conduce ineludiblemente a determinar que hubo negligencia de la EPS en brindar la atención requerida, pues no puede perderse de vista que aunque no se trató de un servicio de urgencia, si requería una atención prioritaria, dada la sospecha de cáncer determinada por la biopsia realizada, sin que pueda pasar desapercibido el hecho que tal enfermedad es una de aquellas determinadas como graves o catastróficas y suponen un alto riesgo para la vida, de ahí la necesidad de atención oportuna a efectos de evitar que la condición se pudiera agravar.

Tampoco puede pasarse por alto que las EPS de conformidad con lo señalado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, tienen como función

básica asignada por la Ley “(...) garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (...)” y dentro de las funciones que le compelen a la misma de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 178 Ibidem, se encontraba “Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”, de manera que si se terminó el contrato con la IPS que había asignado para la prestación del procedimiento quirúrgico y tratamiento, ante las reiteradas radicaciones para la cita con anestesiología debió haber indicado a su afiliado a que otra IPS de la red de prestadores podría acudir para continuar con la atención.

Así las cosas y toda vez que contrario a lo señalado, por el recurrente en el presente asunto se advirtió una negligencia de la EPS para cubrir las obligaciones asistenciales que tenía con la Señora MARTHA INÉS OSSA TOBÓN, y toda vez que dicha situación se enmarca dentro del tercer evento establecido en el literal b del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, resulta procedente el reembolso de los gastos reclamados por el demandante y por tanto se confirmará la decisión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 13 de febrero de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por LAURA CARVAJAL GOMEZ
contra ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ

RADICADO: 11001 3105 031 2019 00729 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de noviembre de 2020.

En esta instancia se presentaron alegatos por la demandada ALMACAFE S.A., en el que reiteró la solicitud de revocatoria de la sentencia y absolución de su representada, indicado que debía tenerse en cuenta lo expuesto en la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2019 emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá dentro del proceso ordinario laboral de DAYANA KATERINE HERNANDEZ contra la

FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS radicado bajo el No. 11001310500820170061001, en la que se determinó con claridad que los beneficios derivados de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre ALMACAFE S.A. y SINTRAFEC no eran aplicables a trabajadores que no tuvieran la calidad de sindicalizados, la cual recogía los argumentos expuestos y por tanto las pretensiones de la accionante debían ser despachadas negativamente.

Igualmente, señaló que si bien en el artículo 40 de CCT de 1965 se acordó que la convención aplicaría a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COMOLOMBIA y de ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ S.A. – ALMACAFE S.A. y que para efectos de las cuotas sindicales se daría cumplimiento a lo señalado en el artículo 400 del C.S.T., en el artículo 16 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1984, las partes pactaron acerca de la aplicación de las normas convencionales respecto de los trabajadores no sindicalizados. aclarando que dichos trabajadores que se beneficiaran total o parcialmente de la contratación colectiva y se le harían con destino a SINTRAFEC las retenciones que autorice la ley, así mismo, resaltó que la aplicación automática de la convención a todos los trabajadores se dio hasta el 31 de marzo de 1988, cuando SINTRAFEC comenzó a ser minoritario y que en la convención colectiva de trabajo de 1988 y 1990 nada se pactó en cuanto a su aplicación extensiva dejando sentado en el artículo 14 “Retención para Sintrafec”, que para retención de cuotas con destino a SINTRAFEC se procedería de acuerdo con la ley, también se mencionó que de acuerdo con el registro y certificación de las empresas que se aportó SINTRAFEC desde el 1° de abril de 1988 venía siendo un sindicato minoritario, con lo que quedaba claro que quien no estuviera sindicalizado no se beneficiaba automáticamente de la convención colectiva de trabajo y que debían tenerse en cuenta que con posterioridad en cuanto a las relaciones sostenidas entre ALMACAFE S.A. y los trabajadores no sindicalizados se expidieron las circulares GG 03 del 31 de mayo de 1988 y SUB GG 0238 del 9 de junio de 1988, en las que

se estableció lo procedente respecto de cada uno de ellos con posterioridad al 1° de abril de 1988. Finalmente, respecto al reajuste de cesantías indicó que no le asistía razón alguna para pretender el pago considerando que las partes desde la celebración del contrato establecieron que cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo del contrato sea cual fuere su denominación no constituía salario y por tanto no se tendría en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y que la demandante nunca optó por ser beneficiaria de las prerrogativas del acuerdo convencional, en donde lo dispuesto en el artículo 16 de la CCT obligaba a acudir al contenido del artículo 39 del Decreto 2351 de 1965 (Modif. Art. 68 L. 50/90), debiéndose tener en cuenta que las normas que consagran beneficios convencionales de las personas afiliadas a la organización sindical y de aquellas que por extensión llegaren a gozar de los mismos se enmarcan dentro del artículo 39 de la Constitución Nacional (libertad sindical) de lo que quedaba claro la intención de la demandante fue la derivada de su decisión negativa, esto es, no pertenecer a la organización sindical ni cancelar las cuotas ni adherirse a los beneficios convencionales, aunado a lo anterior, señaló que no podía desconocerse lo señalado en los artículos 470, 471 y 472 del C.S.T. y el artículo 39 del Decreto 2351 de 1965 (Modif. Art. 68 L. 50/90), de las que se establece con claridad que las convenciones colectivas entre empleadores y sindicatos que no excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa solo son aplicables a los miembros del sindicato que las hayan celebrado y para quienes se adhieran a ella o ingresen posteriormente al sindicato.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se condenara a la demandada a pagar: prima extralegal de servicios de diciembre 2017, la de junio y diciembre de 2018 y la de junio de 2019; prima extralegal de vacaciones por los periodos comprendidos entre septiembre de 2016 y septiembre de 2017, septiembre de 2017 a septiembre de 2018 y de septiembre de 2018 a 30

de agosto de 2019; reajuste de cesantías teniendo en cuenta que la prima extralegal vacacional constituye salario; indemnización moratoria de que trata el artículo 65 desde la terminación del contrato y hasta por 24 meses; intereses de mora más altos que fijó la superintendencia financiera; indemnización moratoria por no consignación de cesantías completas; indexación y a las costas del proceso.

En sustento de sus pretensiones manifestó que entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y ALMACAFE S.A. se declaró una unidad de empresa mediante Resolución del 28 de diciembre de 1987; en ALMACAFE existe una organización sindical denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA Y ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A.; que no estaba afiliada a la organización sindical citada; entre FEDERACAFE, ALMACAFE y SINTRAFEC, se han firmado diversas Convenciones Colectivas de Trabajo; en el contrato colectivo de 1965 las partes acordaron en el artículo 40 que la Convención Colectiva de Trabajo sería aplicada a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y de los ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ SA, lo cual también se contempló en el art. 33 CCT de 1974, en la cláusula 31 CCT de 1976, en el art. 33 CCT de 1978, en el art. 28 CCT de 1980, en el art. 16 CCT de 1984 y en el art. 2 del Laudo Arbitral de 1986; en las convenciones colectivas de trabajo de 1988 y 1990 artículos 11 y 17 respectivamente se dejó vigente la norma de aplicación para todos los trabajadores cuando se dispuso que continuarán vigentes las estipulaciones de convenciones colectivas y laudos arbitrales que no hayan sido derogados modificados o sustituidos, la cual se repite en el art. 15 CCT 1990, art. 9 CCT de 1992, art. 7 de la CCT de 1995, art. 13 CCT de 1996 y art. 11 CCT de 1998; firmó contrato de trabajo con ALMACAFÉ el 5 de septiembre de 2011 a término fijo de 6 meses; el 1° de enero de 2018 el contrato de trabajo se convirtió a término indefinido; fue despedida mediante nota el 30 agosto 2019 a partir del 1° de septiembre del mismo año; durante los últimos

tres años devengo los siguientes salarios en 2017 \$2.500.000, en 2018 \$3.710.000 y en 2019 \$3.932.000; el cargo que desempeñó fue el de analista logístico; en el artículo 29 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1974, SINTRAFEC y ALMACAFÉ pactaron una prima extralegal de servicios constituida por 2 meses de salario en junio y dos meses de salario en diciembre incluyendo la prima legal de servicios; el artículo 10 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1984 y del artículo 10 del Laudo Arbitral contemplaron una prima vacacional, la cual se determinó como constitutiva de salario en el artículo 9 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1996; el Sindicato SINTRAFEC nunca ha sido mayoritario.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 14, 470, 471 y 472 del C.S.T. y trajo a colación las sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 28 de enero de 1994, y con los siguientes datos de radicación No. 24197 de 2005, 27459 de 2006, 31556 de 2007, 38463 de 2016 y 35134 de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ALMACAFE S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de sustento fáctico y jurídico en la medida en que se cancelaron de buena fe a la demandante todos los conceptos a que la misma tuvo derecho durante la vigencia de la relación laboral y al fenecimiento, con el pago de la liquidación final de acreencias laborales, asimismo, resaltó que la demandante jamás estuvo afiliada a SINTRAFEC y que dicha organización sindical era un sindicato de empresa minoritario desde marzo de 1988, también refirió que las partes suscribientes de las convenciones colectivas reconocieron la coexistencia de dos regímenes laborales dentro de ALMACAFÉ, esto es el de los miembros del sindicato suscribiente de la convención del cual no era parte la demandante y el de los demás trabajadores no beneficiarios de la misma, fundamentado en las cláusulas relativas a reajuste anual o incrementos salariales de las convenciones más recientes, de igual forma precisó que de conformidad

con lo acordado por las partes en el contrato individual de trabajo a término fijo en su cláusula segunda cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este contrato sea cual fuere su denominación no constituía salario y por tanto no se tendría en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y finalmente señaló que las indemnizaciones moratorias reclamadas no operaban de manera automática, por lo que al tratarse de una norma de carácter sancionatorio debía demostrarse la existencia de una mala fe del empleador. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de título y causa, pago, compensación, enriquecimiento sin causa del demandante y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre LAURA MARIA CARVAJAL GOMEZ en calidad de trabajadora ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ S.A.-ALMACAFÉ en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 05 de septiembre de año 2011 al 30 de agosto de 2019.

SEGUNDO CONDENAR a la demandada ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ S.A.-ALMACAFÉ a reconocer y pagar a la demandante la suma de:

- \$30'300.942 pesos por concepto de prima extralegal de servicios.
- \$12'947.480 pesos por concepto de prima de vacaciones.
- \$936.930 por concepto de diferencias de cesantías.

Todos estos conceptos en aplicación de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la demandada y SINTRAFEC.

TERCERO: CONDENAR a la demanda al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente

CUARTO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a la demandante las sumas de dinero sobre los que verse esta sentencia debidamente indexados, indexación que empezará a correr a partir del momento que en debió realizar el respectivo pago hasta el momento en que efectivamente pague.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con la documental allegada se acreditó que entre las partes existió un contrato

de trabajo a termino indefinido entre el 5 de septiembre de 2011 y el 30 de agosto de 2019, también se indicó que se encontraba acreditada la existencia de las convenciones colectivas con la solemnidad requerida (texto autentico y deposito ante autoridad pertinente).

Respecto a la aplicación de las convenciones colectiva de trabajo a la demandante, señaló que la voluntad de las partes cuando se suscribió la Convención colectiva trabajo inicial fue que esta se aplicará a todos los trabajadores del empresa, independientemente de que éstos fueran sindicalizados y que en ningún texto convencional posterior aparecía estipulación en la que se indicara que la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo era única y exclusivamente para los trabajadores afiliados al sindicato, aunado a ello, indicó que el hecho que no se hubiese descontado la cuota sindical, como lo explicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral en sentencia de radicación No. 38463 de 2011 de manera alguna afectaba a los trabajadores de la empresa, por lo que debería probarse que de manera expresa el trabajador renunció a la aplicación de los beneficios convencionales sin que existiera prueba de ello, por lo que tendría derecho a la aplicación de los mismos.

Frente a la aplicación de los beneficios convencionales reclamados, señaló que, de acuerdo con lo contemplado en las convenciones colectivas de trabajo, se encontraba probada la existencia de la prima de vacaciones (art. 10 CCT 1984), y de la prima semestral (art. 29 CCT 1974), así como, la circunstancia de que la prima de vacaciones era salario (art. 9 CCT 1996), en ese orden procedió con la liquidación, precisando respecto de la prima de vacaciones que el periodo reclamado correspondería al sexto y siguientes y no del séptimo en adelante como se señaló y que para efecto del reajuste de las cesantías solo se haría reliquidación de los años 2017, 2018 y 2019, por cuanto solamente se solicitó el reconocimiento de la prima de vacaciones correspondientes a los tres últimos periodos de vacaciones.

Finalmente, respecto al pago de las indemnizaciones moratorias reclamadas señaló que debía tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral, en reiteradas oportunidades ha señalado que la aplicación de las sanciones contempladas art. 65 del C.S.T y 99 ley 50/90 no proceden de manera automática, pues debe analizarse la conducta del empleado, esto es, si obró de buena o de mala fe, así señaló que la demanda, propone como excepción la buena fe y no podía pasarse por alto que existían diversos pronunciamientos de primera y segunda instancia en donde se consideró que la aplicación de beneficios convencionales del sindicato minoritario a trabajadores no afiliados al sindicato no era procedente y solamente en sentencia de casación, la Corte consideró lo contrario, por lo que, las circunstancias en virtud de las cuales la demandada no aplicó a su extrabajadora las convenciones colectivas de trabajo citadas no obedecían a mala fe, sino que eran atendibles y razonables, al punto que ni siquiera descontó a la extrabajadora la cuota sindical descuento que debió aplicársele durante todo el término de vigencia de la relación laboral como quiera que ella no manifestó de manera expresa que no quería acogerse a los beneficios convencionales.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, presentó recurso de apelación en lo atinente al no pago de la indemnización moratoria, refiriendo que frente la buena fe de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, debía recordarse que desde 2005 en procesos citados, la Corte ha mantenido la obligación de dar cumplimiento a lo colectivamente pactado, máxime cuando ello lo había aprobado desde 1965, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, está alegando como buena fe que el sindicato es minoritario desde 1988, sin embargo el sindicato jamás ha sido mayoritario siempre ha sido minoritario, de manera que cuando pacto la aplicación de la convención colectiva de trabajo a todos los trabajadores no se cuestionaba ello pues si hubiese

sido mayoritario por disposición de la ley se aplicaba a todos los trabajadores, resaltando que lo que debía tenerse en cuenta era que pese a haberse fijado un criterio por parte de la Corte insisten en no aplicarla y discutirla en estrados judiciales, con lo que se corría el riesgo de que no se atendieran sus razones y por tan debía hacerse cargo de las consecuencias jurídicas previstas en la ley, trayendo a colación para finalizar su intervención la sentencia del 20 de febrero de 2018 de radicación No. 55436, en la que corte manifestó que desde el año dos mil seis de manera didáctica y reiterada, se había explicado al censor las razones jurídicas para la aplicación de la convención colectiva y a pesar de ello insiste en inaplicarlo a los trabajadores sin justificación alguna conducta que realmente no era constitutiva de buena fe.

Por su parte, el apoderado de ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ, solicitó la revocatoria de las condenas impartidas, señalando que si bien entendía los argumentos del juzgado y no cuestionaría los precedentes de las sentencias judiciales a que se hizo referencia en el fallo, debía tenerse en cuenta que al interior de las corporaciones no existía un criterio unívoco frente a la extensión automática de la convención colectiva al total de los trabajadores de la Federación NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y de ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A., así como tampoco a la incidencia salarial de la prima de vacaciones contenido en dicho régimen colectivo, así, frente a la aplicación del régimen convencional a la demandante indicó que debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 470 del C.S.T. que señala cuando una organización es mayoritaria y la extensión automática a la totalidad de los trabajadores de la empresa, frente a ello indicó que debía tenerse en cuenta que tal y como obraba en las certificaciones que obraban en el expediente en donde se indicó que SINTAFEC para 1988 era una organización sindical minoritaria y en ese sentido en las diferentes convenciones colectivas y laudos arbitrales citados debían interpretarse congruentemente esto era que desde el año de 1988, cuando la

organización sindical se convierte en minoritaria, entre las mismas partes desaparecía esa cláusula, por lo que a partir de allí nunca vuelve a aparecer la extensión automática en las convenciones colectivas suscritas, además de ello, debía tenerse en cuenta que la trabajadora solo se vinculó hasta el año 2011 con posterioridad a la que tuvieron vigencia tales disposiciones, pues reitera solo estuvo vigente hasta 1988, refiriendo que las cláusulas de las convenciones colectivas podían desaparecer por el pacto expreso o tácito entre las partes, para ello bastaba acudir a las convenciones colectivas más recientes de 1998, 1996, 1994 en todas las cuales se observaba que las partes en todas las cláusulas por ejemplo por mencionar alguna cláusula las de incrementos convencionales reconoce la existencia de dos regímenes al interior de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, uno el de los trabajadores sindicalizados y beneficiarios de dicho régimen convencional y otro el de los demás trabajadores de la empresa, a los que les aplica el régimen legal, lo cual debía tenerse en cuenta en consonancia con las circulares que se aportaron al expediente, en las que la empresa le dio la posibilidad cualquiera de los trabajadores que laboran en ella de que manifestaran su deseo de acogerse a dicho régimen convencional únicamente con una comunicación al empleador, lo que no se evidenció en el asunto bajo análisis, siendo este el reflejo de la dimensión negativa del derecho de asociación sindical, pues no puede entenderse solo en su dimensión positiva que todos tienen que pertenecer, efectuárseles aportes y participar activamente en la misma, sino también la de todos aquellos trabajadores que no desean pertenecer a la organización sindical, que no desean realizar aportes, ni que se les apliquen las normas de pertenecer a la misma, y en estos términos debió haber sido declarado por el despacho, tal y como se determinó en pronunciamientos recientes del Tribunal Superior en sentencia de 5 de diciembre de 2019, en donde se concluyó que para gozar de los beneficios se hacía necesario que el trabajador no sindicalizado expresamente manifestara su adhesión a la convención mediante autorización expresa para el descuento y pago de las cuotas por beneficio convencional como requisitos necesarios para

adquirir dichos beneficios, precisando que en este caso se trató de la dimensión negativa del derecho fundamental ya que la trabajadora nunca manifestó su deseo de adherirse y que sabiendo que tenía derecho no quiso que no se le realizaran descuentos ni participar activamente en la labor sindical, en consecuencia de ello la empresa de buena fe le aplicó el régimen legal.

De otra parte, señaló que en el evento en que se considerara la extensión automática de la convención a la trabajadora, solicitó que se revocara la condena relativa a la reliquidación de las cesantías, se debía tener en cuenta las sentencias recientes del tribunal en donde se ha desarrollado el criterio en los meses de agosto de 2020 (005-2017-789-01 demandante Otoniel lopez valencia) y septiembre de 2020 (039-2017-0492-01 demandante Jorge Raúl Gómez soto) en las que se indicó que no se podía ordenar la reliquidación de cesantías con base en la prima de vacaciones, pues si bien dentro del régimen convencional se pactó que respecto de su doceava parte iba a tener carácter salarial, existió un pacto posterior, entre las partes al suscribir el contrato de trabajo, que en el caso concreto de la ex trabajadora se estipuló en la cláusula 2 en donde se indicó que ningún beneficio extralegal tendría carácter o incidencia salarial, en donde al ponderar lo establecido en la convención y lo señalado en el contrato, se tiene que la norma posterior deroga la anterior y por pacto expreso entre las partes deja de tener aplicación respecto a la incidencia salarial de la doceava parte.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala procederá a establecer si la demandante le asiste el derecho para beneficiarse de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, ALMACENES GENERALES

DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. y SINTRAFEC y las demás pretensiones derivadas de ello.

En esta instancia, como hechos no discutidos, se tiene que la señora LAURA CARVAJAL GÓMEZ, laboró al servicio de ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. por el periodo comprendido entre el 5 de septiembre de 2011 y el 30 de agosto de 2019, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, tampoco existe discusión en que la trabajadora no se encontraba afiliada a SINTRAFEC, ni se había adherido al convenio colectivo para ser beneficiaria del mismo.

Para el efecto, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral, en las sentencias de radicación No. 35134 del 22 de julio de 2009 y 24197 del 12 de mayo de 2005, entre otras que se han ocupado del tema, establecen la aplicabilidad y/o extensión de la convención Colectiva de Trabajo a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA sin distinción alguna, previendo la aplicabilidad de los beneficios convencionales.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema señalan:

“(...) el problema jurídico cuya solución aborda ahora la Corte, ha sido objeto de no pocos pronunciamientos, y se ha analizado desde varias de las perspectivas jurídicamente posibles, cuando de aplicar las convenciones que han suscrito Sintrafec y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA se trata. Es así, como en punto a la vigencia de la cláusula 27 de la que fue suscrita el 15 de julio de 1982, frente al artículo 14 del convenio colectivo celebrado el 29 de abril de de 1988, en sentencia de 12 de mayo de 2005, que es el ejercicio que propone el recurrente, dijo la Corte:

“La impugnación le echa en cara al juez de la alzada haber cometido el error de hecho de dar por establecido, sin estarlo, que el literal e) del artículo 3 y el 27 de la convención colectiva de trabajo celebrada para el período 1982-1984 estaban vigentes para todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros, sean o no sindicalizados. Y, al aplicarse a la tarea de la demostración de esa desviación en el entendimiento de la situación fáctica, planteó, esencialmente, que el mandato convencional que hacía aplicable sus disposiciones a todos los trabajadores de la demandada dejó de regir, en razón de que el sindicato, a partir de 1988, pasó a ser minoritario, por manera que la convención colectiva de trabajo sólo cobijaba a los sindicalizados o los que se adhirieran al acuerdo colectivo.

(...)

Conviene señalar que la aplicación de una convención colectiva de trabajo, en la hipótesis en que la misma disponga su extensión a todos los trabajadores de la empresa que la firmó, no puede quedar supeditada a la afiliación del beneficiario al sindicato o a los aportes que éste deba sufragar por el hecho de resultar favorecido con las cláusulas de aquélla. Criterio que es el de la Sala, registrado en sentencia de 28 de noviembre de 1994, en la que se proclamó:

"De otra parte, si bien es cierto que la aplicabilidad de una convención colectiva no se presume, también lo es que la prueba en estos casos no es solemne y si alguna de sus cláusulas ordena que se aplique a todos los trabajadores, tal estipulación es válida, con las precisiones hechas anteriormente, y acredita su extensión a ellos, sin que sea procedente exigir la demostración de la afiliación al sindicato, o de los descuentos sindicales o de las demás circunstancias que echó de menos la doctrina del Tribunal que se rectifica. En tales eventos quien alegue la inaplicación del convenio a un trabajador, deberá probar que con arreglo al mismo o a la ley, éste está excluido.

"En suma, no es dable confundir, como lo hizo la decisión mayoritaria del Tribunal, los casos en que la aplicabilidad de la convención es procedente por mandato legal ineludible, con la que se impone por haberlo dispuesto el propio convenio y siempre que con ello no contravenga ordenamientos legales que expresamente lo prohíban" (Sentencia de 28 de noviembre de 1994, Rad. 6962).

Es, precisamente, la distinción que se anotó en la doctrina expresada la que lleva a sostener que el Tribunal con su actuación no incurrió en un desacierto al no apreciar los documentos que acreditan el carácter minoritario del sindicato de trabajadores, de suerte que no violó marco normativo alguno, como lo pretende la censura. Los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965 constituyen el mínimo que es dable superar en virtud del contrato de trabajo, de la convención colectiva de trabajo, del pacto colectivo de trabajo o, incluso, unilateralmente por el empleador, que fue lo acaecido, en efecto, en el caso de autos.

Y tal doctrina también permite entender que la disposición convencional que extendió sus beneficios a todos los trabajadores de la enjuiciada no perdió su vigor por el simple hecho de que en una convención colectiva de trabajo celebrada tiempo después prescriba que los descuentos al sindicato se harán de acuerdo con la ley".(Rad. 24197).

Lo considerado por la Corte con ocasión de la contención definida en el fallo parcialmente transcrito, reiterado el 2 de noviembre de 2006 (27459), y 9 de noviembre de 2007 (31556), entre otros, coincide plenamente con los supuestos fácticos sobre los cuales el Tribunal edificó su decisión, y como nada distinto se observa en la argumentación desplegada en la sustentación del recurso extraordinario, la decisión que habrá de adoptarse no puede ser diferente.

Es así porque los dos primeros errores de hecho y el 4º, que son los que verdaderamente importaría verificar, involucran el estudio de las mismas probanzas que en aquella pretérita ocasión la Corporación analizó, como son los artículos 27 (fl.110) de la convención colectiva correspondiente al bienio 1982-1984, y 14 (fl. 55) de la vigente entre 1988 y 1990. En ese orden, a nada conduce establecer si la organización sindical denominada Sintrafec es minoritaria, o si el trabajador estaba afiliado al sindicato, pues, en cualquier escenario, era beneficiario de lo estipulado en la cláusula 3ª del primero de los mencionados convenios colectivos, que consagra el derecho al reintegro del trabajador injustamente despedido, con más de 8 años de servicio.

(...)"

Recientemente, la C.S.J., S.C.L. en la sentencia SL12603-2017, radicación No. 45373 del 16 de agosto de 2017, se indicó:

"(...)

Confrontada la sentencia de segundo grado con la preceptiva del artículo 16 convencional, colige la Corte que le asiste razón al recurrente en los reproches formulados, toda vez que evidentemente, el sentenciador de alzada apreció indebidamente la convención colectiva de trabajo de 1984 (fls. 85 a 92), pues si bien, consideró el artículo 17 sobre «CONTINUIDAD DE PRESTACIONES Y DERECHOS», no observó el artículo referido, en cuanto al campo de aplicación del convenio, el cual estipuló lo siguiente:

ARTÍCULO 16.- APLICACIÓN. -

La presente Convención Colectiva de Trabajo será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros y de lo Almacenes Generales de Depósito de Café S.A., en las condiciones y términos aquí indicados.

Como queda visto, la citada norma contempla el ámbito de aplicación de los preceptos extralegales que consensuó la enjuiciada con Sintrafec, en el sentido de extender dicha normativa a todos los trabajadores de la empresa, situación que, según se concluyó en ambas instancias, no fue objeto de modificación en las convenciones posteriores, por lo que puede deducirse su vigencia.

En lo que atañe al error en la apreciación de la circular G.G. de 09 de junio de 1988 (fl. 363), de la cual el recurrente afirma que el ad quem se equivocó cuando adujo que dicha misiva «les permite a los trabajadores no sindicalizados hacerse acreedores a los beneficios convencionales», cabe decir, que dicho documento al tratarse de una mera comunicación, no tiene fuerza vinculante y no puede fijar los parámetros para acceder a los beneficios convencionales, por manera que erró el Tribunal al asumir que, por no haber demostrado el extrabajador los requisitos allí fijados, no era posible acceder a sus pretensiones.

En cuanto a lo alegado por la censura, sobre la falta de apreciación de los artículos 31 de la convención colectiva de 1976 (fl.227), 33 de la convención de 1978 (fl. 206), 27 de la convención de 1980 (fl. 114), 27 de la convención colectiva de 1982 (fls. 114-115), 1 del Laudo Arbitral de 1986 (fl. 81) y 15 de la convención de 1990 (fl. 53), la Sala observa que el Colegiado incurrió en el error endilgado, al no analizar los elementos de prueba mencionados, pues de haberlo hecho, hubiese inferido que en los citados artículos, se estipuló que la aplicación de las prerrogativas convencionales, operaban a favor de todos los trabajadores de la Federación, sin condición alguna, lo cual devela la intención del patrono de asumir dichas obligaciones.

Conviene recordar que los artículos 470, 471 y 472 del Código Sustantivo de Trabajo fijan el ámbito de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, en el sentido de que no solo se extienden a los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales o a los no sindicalizados que laboran para empresas en las que existan sindicatos que agrupan más de las dos terceras partes del personal, sino que también los cobija cuando el empleador libre y

voluntariamente contrae el compromiso de aplicar los beneficios convencionales a los empleados que no están incluidos en los supuestos señalados.

Así las cosas, la sola circunstancia de que el sindicato que suscribió el acuerdo convencional haya dejado de ser mayoritario, no disuelve los convenios establecidos, pues si la cláusula convencional ordenó su aplicación a la totalidad de los trabajadores de la empresa, existe el deber jurídico de respetar esos compromisos.

(...)

Por lo anteriormente expuesto, se concluye, que le asiste al demandante el derecho a beneficiarse de las prerrogativas convencionales, acordadas entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Sindicato Nacional de Trabajadores - Sintrafec, teniendo en cuenta que la enjuiciada, expresó libre y voluntariamente su intención de asumir dichas cargas, las cuales no contrarían los mandatos legales establecidos.

(...)”

De conformidad con la jurisprudencia citada, se tiene que la posición de nuestro máximo órgano de cierre, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha sido el de aplicar la convención colectiva para todos los trabajadores sin distinción alguna y sin importar si el sindicato era o no minoritario o si el trabajador estaba afiliado al mismo y realizaba el pago de las respectivas cuotas sindicales, en la medida en que la extensión de la convención colectiva a todos los trabajadores de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS y ALMACENES GEERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ S.A., fue una decisión unilateral del empleador, lo que no podía confundirse con los casos en que la aplicabilidad de la convención era procedente por mandato legal, de manera que quien alegara la inaplicación del convenio a un trabajador, debería probar que con arreglo al mismo se encontraba excluido, también se advierte que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la circular G.G. del 9 de junio de 1988, en donde se indicó que al tratarse de una simple comunicación, la misma no tenía fuerza vinculante y no podía fijar los parámetros para acceder a los beneficios convencionales.

El anterior criterio que acoge este fallador desvirtúa los argumentos expuestos por el recurrente frente a la no extensión automática de la

convención colectiva al total de los trabajadores de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y de los ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO DE CAFÉ S.A., y conllevan a determinar que le asiste a la demandante el derecho a beneficiarse de la contratación colectiva, máxime que tal extensión se determinó inicialmente en el artículo 40 de la CCT de 1965, lo cual se reiteró en las convenciones colectivas de trabajo siguientes tal y como se señaló por el a quo, advirtiéndose que aunque en las convenciones colectivas de 1988 y 1990 no se indicó nada sobre el ámbito de aplicación de la convención colectiva como se refiere por el recurrente, se advierte que en los artículos 13 de la CCT de 1988 (fl.308) y 15 de la CCT de 1990 (fl. 315) se indicó que continuarían vigentes las estipulaciones de las convenciones colectivas y laudos arbitrales anteriores que no hubiesen sido derogadas, modificadas o sustituidas por la convención que se suscribía, aspecto que incluso se determinó en el artículo 1° del Laudo Arbitral de 1986 (fl. 302) y se señaló en el artículo 8 de la CCT 1992 (fl. 323), artículo 7 de la CCT de 1994 (fl. 336), artículo 13 de la CCT de 1996 (fl. 346) y en el artículo 11 de la CCT de 1998 (fl.353).

Ahora bien, se advierte que el recurrente señaló que en el evento de estimarse procedente la extensión de la Convención Colectiva de Trabajo a todos los trabajadores de la empresa, solicitó la revocatoria de la condena frente a la reliquidación de cesantías, teniendo en cuenta que si bien dentro del régimen convencional se pactó que respecto de la prima de vacaciones su doceava parte iba a tener carácter salarial, las partes al suscribir el contrato de trabajo, en la cláusula 2, indicaron que ningún beneficio extralegal tendría carácter o incidencia salarial.

Frente al tema debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (Modif. Art. 15 L. 50/90), se tiene que los pagos no constitutivos de salario son los siguientes:

“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, **ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.**” (Subrayas y Negrita fuera de texto).

De conformidad con la norma citada, se tiene que los beneficios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal no constituyen salario, cuando los partes así lo hayan dispuesto expresamente entre los que se encuentran por ejemplo las primas extralegales de vacaciones, servicios o de navidad.

Descendiendo en el análisis se advierte que dentro de las pruebas allegadas con la contestación de la demanda, obra el contrato de trabajo suscrito para la vinculación de la demandante, el cual en su cláusula segunda señala:

(...)

*SEGUNDA: ALMACAFE pagará a EL EMPLEADO un salario mensual de **NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MONEDA LEGAL (\$950.000)**. Cualquier otra remuneración de carácter extralegal o ingreso con motivo de este Contrato sea cual fuere su denominación, prima, bonificación o auxilio NO CONSTITUYE SALARIO y por lo tanto no se tendrá cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales. (...)*”

Así las cosas, se tiene que desde la vinculación laboral de la demandante se previó que cualquier otra remuneración y/o ingreso que recibiera la trabajadora distinta al salario como primas no constituiría salario ni se tendría en cuenta para liquidación de prestaciones sociales, ahora bien, en el presente asunto se cuestiona el factor salarial de la prima extralegal de vacaciones contemplada en el artículo 10 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1984, por lo que la misma podría

enmarcarse dentro de los postulados del artículo 128 del C.S.T., no obstante en el artículo 9 de la convención colectiva de trabajo de 1996, se consideró que la misma tendría carácter salarial.

Para resolver, debe tenerse en cuenta que para poder ser beneficiario del régimen convencional se requiere tener la condición de trabajador y en esa medida, como desde el mismo acto jurídico que generó la extensión de la convención colectiva (suscripción del contrato de trabajo), se acordó entre las partes que cualquier otro ingreso que tuviera la trabajadora como primas no constituiría salario, se tiene que a prima extralegal de vacaciones cuya procedencia y pago se determinó como procedente por el a quo, no podía considerarse en la parte mencionada como constitutiva de salario, razón por la cual se procederá revocar la decisión.

Finalmente, y teniendo en cuenta que la apoderada de la demandante, manifestó su desacuerdo frente a la no procedencia del pago de las indemnizaciones moratorias reclamadas, refiriendo que de la conducta desplegada por la demandada, no se podía evidenciar buena fe al desconocer el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia, de vieja data, respecto a la aplicación de la convención colectiva a todos los trabajadores de la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, debe señalarse que tal y como lo señaló el a quo la sanción moratoria no es automática pues para su aplicación se debe analizar si la conducta estuvo acompañada de buena fe.

Frente a la buena fe del empleador en un asunto similar, la C.S.J, S.C.L. en sentencia SL327-2018 con radicación No. 55436, del 20 de febrero de 2018, señaló:

“(..)

Ha dicho la Sala de Casación Laboral en innumerables oportunidades, que la sanción moratoria no es automática, sino que, para su aplicación, el juez debe analizar si la conducta del demandado permite comprobar que su actuación estuvo acompañada de buena fe, tal como se ha repetido recientemente en los fallos CSJ SL6621-2017; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13050-2017; CSJ SL13442-2017; CSJ SL8216-2016 y CSJ STL10313-2017).

La decisión del Tribunal, al respecto, se basó en el siguiente razonamiento:

En el caso de autos la empresa demandada se excusó, a fin de no reconocer las prestaciones extralegales, en que la actora no era beneficiaria de las estipulaciones convencionales por no pertenecer al sindicato y en que este último, a su vez, era minoritario. Razonamiento, que en principio, podría haber tenido acogida dado que el alcance de los textos convencionales al interior de la Federación Nacional de Cafeteros era dudosos dadas las circunstancias en que se desarrolló el litigio. Sin embargo, este debate de naturaleza jurídica ya fue resuelto de tiempo atrás por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[...]

(...)

Por lo tanto, no es de recibo para la Sala que años después de haberse resuelto el dilema sobre el alcance de las disposiciones convencionales, declarando que las mismas se hacen extensivas a todos los trabajadores, pretenda la empresa demandada excusarse de sus obligaciones alegando las mismas justificaciones con las que se viene defendiendo hace años. Este grave desconocimiento al precedente judicial, impone en cabeza de la demandada la deprecada indemnización.

El raciocinio del juzgador de apelaciones no contiene, bajo ningún aspecto, un error de carácter protuberante que conduzca a su quiebre pues, al contrario, concluye juiciosamente que la conducta de la demandada obedece a una rebeldía en contra de los lineamientos que ha trazado la Sala en torno al tema debatido. En efecto, en forma clara la Corte en la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 35134, en la que frente a este puntual aspecto citó la CSJ SL, 12 may. 2005, rad. 24197 y otras cuyos números de radicación no identifica y que constituyen pronunciamientos anteriores a los alegatos que desde la contestación de la demanda viene aduciendo la demandada, señaló:

(...)

Así las cosas, observa esta Sala, que desde los años 2006, esta Corporación de manera didáctica y reiterativa ha explicado al censor las razones jurídicas para la aplicación de la convención colectiva y, muy a pesar de ello, aquél insiste en inaplicarla a sus trabajadores sin justificación alguna, conducta no constitutiva de buena fe.

(...)"

En orden ideas y toda vez que de conformidad con la jurisprudencia citada se tiene que no es posible evidenciar buena fe, cuando la demandada viene inaplicando el precedente que se tiene por sentado desde el año 2006, el cual contempla la aplicación de la convención colectiva de trabajo a todos los trabajadores, se procederá a revocar la absolución realizada por el juzgador de primera instancia, precisando que como se determinó que no resultaba procedente la reliquidación de cesantías, no resulta avante la indemnización solicitada por la no

consignación de cesantías contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1999

Tratándose de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato de que trata el artículo 65 del C.S.T., debe tenerse en cuenta que el mismo dispone:

“ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

<Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.
<Artículo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Dichos intereses los pagará el empleador sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

(...)

PARÁGRAFO 2o. *Lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo solo se aplicará a los trabajadores que devenguen más de un (1) salario mínimo mensual vigente. Para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo vigente.*

(...)”

De conformidad con lo señalado en la norma antes citada y como quiera que en el presente caso, el último salario devengado por la demandante es superior al Salario Mínimo Mensual Legal Vigente

(\$3.710.000) y toda vez que la demanda se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato (7 de noviembre de 2019), se tiene que el pago de la indemnización moratoria procede de la siguiente manera, un día de salario por cada día de retardo hasta por un término máximo de 24 meses y a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, hasta cuando se verifique el pago, intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero, tal y como se señaló en la sentencia de la C.S.J, S.C.L. de radicación No. 50015 del 13 de julio de 2016.

Así las cosas, y toda vez que la terminación del contrato acaeció el 30 de agosto de 2019, se tiene que los 24 meses empezaron a correr a partir del 1° de septiembre de 2019, encontrándose que los mismos se cumplieron el 30 de agosto de 2021, lo cual arroja un valor de \$89.040.000 y a partir del mes 25, esto es, del 1° de septiembre de 2021 y hasta la fecha en que se verifique el pago se deberá cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera sobre el valor de \$43.248.422 que corresponde a las sumas debidas.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de noviembre de 2020, en el entendido que no se condenará al pago de las

diferencias de las cesantías y se condenará al pago de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato por valor de **\$89.040.000** y al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera sobre la suma de \$43.248.422, partir del 1° de septiembre de 2021 y hasta la fecha en que se verifique el pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAVEL CECILIA CRUZ
DUQUE contra LUIS ALFREDO HENAO CARDONA**

RADICADO: 11001 3105 018 2017 00478 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

PROVIDENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandado, contra el auto proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de octubre de 2020, mediante el cual se denegó la nulidad solicitada por la parte demandada.

I. ANTECEDENTES

El apoderado de la demandada presentó incidente y/o solicitud de nulidad en audiencia del 27 de octubre de 2020, encontrándose en la etapa de saneamiento y fijación del litigio, fundamentada en que no se había corrido traslado de la demanda por parte del apoderado de la

demandante, a pesar de haberse realizado dos manifestaciones previas el 2 de septiembre de 2020 y el 8 de octubre de 2020, refiriéndose a que no se conocía la demanda y no se había podido ejercer el derecho de defensa, publicidad y de contradicción, desconociéndose por tanto la totalidad de los hechos y pretensiones de la demanda, lo que motivaba la solicitud del incidente de nulidad y manifestándose adicionalmente, que a la falta de notificación de la demanda se le había dado un trámite inadecuado, violándose los principios y presupuestos constitucionales al demandante.

Por su parte, el apoderado del demandante al descorrer el traslado del incidente manifestó que consideraba que no debía aceptarse la nulidad, porque el demandado sí fue notificado y precisamente por eso es que se hizo parte en el proceso, aunado a ello señaló que esta no era la primera sino la tercera vez en que el juzgado le había dado una oportunidad, suspendiéndose la audiencia en ocasiones anteriores; pero en esa ocasión se consideraba que él tenía la copia y si no la tenía se le podría remitir por la parte o por el despacho, debiéndose tener en cuenta que en todo caso que el demandando se había hecho parte, lo que quería decir que si fue notificado, por qué no habría otra alternativa; sin embargo, dejaba a libre disposición del despacho si se le concedía un término para que contestara la demanda, dado que el abogado se había hecho presente hasta ese momento, de modo que dejaba a consideración del juzgado él envió nuevamente de la copia de la demanda en la medida en que esta ya se había enviado.

II. DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito mediante proveído del 27 de octubre de 2020, dispuso:

“PRIMERO: DENEGAR el incidente de nulidad presentado por el apoderado de la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: DAR continuidad al trámite procesal pertinente.

TERCERO: SIN lugar a condena en costas.

Como fundamento indicó que la demanda se admitió el 24 de noviembre de 2017 (fl.26); la parte actora realizó las correspondientes diligencias de notificación (fl. 43-45 y ss.), y que aunque con posterioridad se encontró que dichas notificaciones no se ajustaban a los preceptos legales, se volvió a requerir a la parte demandante en auto del 23 de noviembre de 2018 para que adecuaran las mismas, ese trámite se realizó como se vislumbraba en los folios 48 y 55 del expediente, pero se logró constatar que el auto fue enviado a la dirección señalada por la parte demandante y en éste resultó ser positiva la notificación, sin embargo, el demandado no acudió a notificarse personalmente, por lo que 31 de mayo de 2019, se designó curador ad litem al demandado (fl. 57), el cual tomó posesión el día 17 de septiembre de 2019 (fl. 72) y contestó la demanda (fl.75), la cual se tuvo por contestada mediante auto del 11 de marzo del año 2020 (fl. 77).

Así mismo, refirió que en diligencia llevada a cabo el 31 de agosto de 2020, se hizo presente el demandado en compañía del curador ad litem, por lo que ante su comparecencia al proceso relevó del cargo al curador y le ordenó al Señor LUIS ALFREDO HENAO, nombrar un apoderado de confianza para el trámite, refiriéndose por éste que tenía un abogado de confianza y que iba a conversar con él para que lo representara en sus intereses, por tanto se procedió a suspender la audiencia y se fijó fecha para el día 10 de septiembre de 2020, oportunidad en la que nuevamente el demandado manifestó que no tenía apoderado judicial ante lo cual se suspendió la audiencia y se señaló la fecha 27 de octubre de 2020, ordenándole nuevamente al demandado que debía nombrar un abogado; situación de la que coligió que no existía ningún tipo de violación al debido proceso del demandado, como quiera que todas las actuaciones del juzgado habían estado ajustadas a derecho y a los principios básicos de respeto al debido proceso, destacando que si bien el apoderado de confianza del demandado, manifestó desconocer la demanda, lo cierto era que el despacho le había brindado tres oportunidades para que pudiera acceder a la misma y que evidentemente había enlaces a través del del sistema para que pudiera acceder a la demanda, no para que la contestara sino simplemente para que la conociera como quiera que el

periodo para contestar la demanda ya se encontraba precluido, pues fue contestada en forma oportuna por el curador ad litem.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandado presentó recurso de apelación fundamentado en que de acuerdo con lo señalado por el Juez en la fecha del 31 de mayo de 2019, se había recibido positivamente la notificación personal a la dirección donde pernoctaba en ese momento el demandado, pero que en ningún momento al Señor HENAO CARDONA, le entregaron la notificación por tratarse de una agrupación de vivienda, en un conjunto cerrado, al que tal vez llegaría a la portería pero en ningún momento le llegó de manera física a sus manos, en el apartamento, domicilio o residencia que en ese momento tenía.

IV. CONSIDERACIONES

En primer lugar, es preciso señalar que el auto que decide nulidades es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

El alcance del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado LUIS ALFRESO HENAO CARDONA, conduce a resolver si en el presente asunto resultaba procedente declarar la nulidad planteada, por falta de notificación de la demanda.

Al respecto lo primero, que debe señalarse es que el artículo 41 del CPL, establece cuales providencias se notifican personalmente, esto es, el auto admisorio de la demanda y en general la que tenga por objeto hacerle saber la primera providencia que se dicte, la primera que se haga a los empleadores públicos en su carácter de tales y la primera que se haga a terceros.

Ahora bien, como el estatuto procesal del trabajo no dispone la forma específica como se debe surtir la notificación personal, se acude a lo consagrado en el artículo 291 del Código General del Proceso, en el sentido de que se remita una citación al demandado a través del servicio postal autorizado, en donde se informe de la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la providencia que se debe notificar, previniéndolo para que comparezca al juzgado a recibir la respectiva notificación.

Sin embargo, cuando el citado no comparece al juzgado dentro de la oportunidad señalada y el interesado allegue constancia de los trámites correctos de envío de la citación y entrega en el lugar de destino, el Juzgado debe proceder a tramitar el aviso contenido en el artículo 292 del CGP en concordancia con lo previsto por el artículo 29 del CPL (Modif. Art.16 Ley 712/01), en el sentido de que aquél deberá informarle al convocado que una vez cumplido dicho trámite y transcurrido el término de los 10 días, se le designará curador para la Litis y se deberá ordenar el emplazamiento en los términos del artículo 108 del CGP.

Revisado el trámite procesal surtido, no se advierte falencia alguna en el mismo, pues aunque en la demanda la dirección que se registro fue diagonal 85 # 82 -14, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 291 del CGP se establece que para la practica de notificaciones personales ***“Las personas jurídicas de derecho privado y los comerciantes inscritos en el registro mercantil deberán registrar en la Cámara de Comercio o en la oficina de registro correspondiente del lugar donde funcione su sede principal, sucursal o agencia, la dirección donde recibirán notificaciones judiciales. Con el mismo propósito deberán registrar, además, una dirección electrónica”***, y en el certificado de matricula de persona natural allegado junto con la demanda (fl. 13), se registró como dirección de notificación judicial DG 85 82 – 54, que fue a la que se envió la citación según dan cuenta las documentales visibles a folios 29-31, advirtiéndose que en la certificación expedida por PRONTO ENVIOS (fl. 30) en el acápite de observación señaló ***“LA PERSONA FUE NOTIFICADA EN LA DIRECCIÓN SUMINISTRADA DONDE LABORA”***, sin embargo, como

el citado no compareció dentro de la oportunidad establecida se procedió a practicar la notificación de aviso y aunque existió un error en el envío del mismo fl. 33-42 (pues se remitió a una dirección errada), se solicitó su corrección mediante auto del 3 de noviembre de 2018, notificándose por estado el 26 del mismo mes y año (fl. 43), procediéndose de conformidad por la parte actora, con la indicación al demandado que si no comparecía dentro de los 10 días siguientes al juzgado para notificarse del auto admisorio se le emplazaría y nombraría curador, conforme lo dispuesto en el artículo 29 del CPL. (fl. 46-56).

Ahora bien, a folio 47, obra certificación de PRONTO ENVIOS, en cuyas observaciones se indicó *“La correspondencia se pudo entregar: No, Motivo: (nq – No Hay Quien Reciba)*, razón por la cual, mediante auto del 31 de mayo de 2019, notificado por estado el 4 de junio del mismo año (fl. 57), se dispuso designar curador ad-litem y el emplazamiento, de lo que no se advierte irregularidad alguna, pues conforme reza el artículo 29 del CPL, cuando el demandado no es hallado o se impide la notificación, el juez procederá a nombrarle un curador para la litis con quien se continuará el proceso y se ordenará su emplazamiento.

Surtido lo anterior, como se advierte a folios 61-64, y toda vez que el curador realizó la contestación de la demanda (fl. 65-66), la cual se tuvo por contestada mediante auto del 11 de marzo de 2020, notificada por estado el 12 del mismo mes y año (fl.67), se tiene que la notificación de la demanda si se efectuó en debida forma al demandado, pues la misma fue realizada en la dirección registrada en la cámara de comercio tal y como lo establece el artículo 291 del CGP, en donde operaba el establecimiento de comercio *“CAFETERIA AREPAS DONDE LUCHITO”*, por lo que no se trataba de una agrupación de vivienda como lo refiere el apoderado recurrente, advirtiéndose que en todo momento se respeto el debido proceso y derecho a la defensa del demandado, siendo un clara señal de ello la designación del curador ad litem, cuya figura la Corte Constitucional, ha definido en sentencia indicó T – 088 de 2006, como:

“(..)

El nombramiento del curador responde, a la necesidad de defender los derechos de las personas ausentes en los procesos judiciales, por lo cual, precisamente, su presencia en el debate judicial es garantía de defensa para quien no puede hacerlo directamente. Sobre el particular, la Corte ha dicho que la decisión de designar curadores ad litem, tiene como finalidad esencial proteger los derechos del ausente, que no por estarlo puede recibir un tratamiento procesal desventajoso, pues éste redundaría en menoscabo de algunos de los derechos sustantivos que en el proceso se controvierten. Constituye, pues, un instrumento protector del derecho fundamental de defensa. Por ello, debe entenderse que se trata de representar a quien resulte directamente involucrado en el proceso, es decir a quien por su ausencia puede ser afectado con la decisión que se tome.

(...)"

Adicionalmente, tampoco puede pasarse por alto que el curador actuó en el proceso hasta cuando concurrió la persona a quien representa o un representante de ésta, pero en todo caso, se asumirá el proceso en el estado en que se encuentre, pues no se puede retrotraer la actuación, por lo que lo señalado por el apoderado recurrente respecto a que no conoce el contenido de la demanda, resulta inadmisibile al ser la tercera oportunidad concedida por el Juzgado desde la comparecencia del demandado para la realización de la audiencia (31 de agosto de 2020 y 10 de septiembre de 2020); de tal suerte que si este no conocía el contenido de la demanda bien pudo haberse solicitado por el apoderado en forma previa a la audiencia el acceso al proceso, pues ésta es la primera acción que debe desplegarse cuando se asume un compromiso profesional de esta índole, máxime en estos eventos en los que se asume el encargo profesional en el estado en que se encuentre y en todo caso en forma previa a que se fije fecha para continuación de audiencia tiene acceso a la misma; razones por las cuales, no se advierte nulidad alguna y se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 27 de octubre de 2020, expedido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por TEODOMIRA ESPELTA PEREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

RADICADO: 11001 3105 026 2019 00464 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declarara que tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de qué trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 1° de julio 2011, así como, al

reconocimiento y pago de la diferencia existe entre el retroactivo cancelado por COLPENSIONES y el retroactivo real, en consecuencia se condene a la demandada a pagar los intereses moratorios a partir del 1° de julio de 2011 hasta junio 2017 y subsidiariamente a ello se condene a reconocer la indexación de los intereses moratorios, así como se condene al pago de costas y agencias en derecho y a lo que ultra y extra petita hubiere lugar.

En sustento de sus pretensiones manifestó que: Cumplió 55 años de edad el día 2 de junio de 2003; es beneficiaria del régimen de transición que consagra el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el acuerdo 049 de 1990; a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenía 46 años de edad; laboró en el sector privado un total de 7214 días equivalentes a 1030 semanas cotizadas; solicitó la pensión de vejez ante el ISS, el 1° de julio de 2011; mediante Resolución GNR 227534 del 5 de septiembre de 2013, se negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; mediante Resolución GNR 63230 del 26 de febrero de 2014, se resolvió el recurso de reposición y se confirmó la decisión; mediante resolución GNR 436505 del 23 de diciembre de 2014, se reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por valor de \$4.539.632; mediante resolución VPB del 28 de mayo 2015, se resolvió recurso de apelación revocando en todas y cada una de las partes la resolución del 23/12/2014 y reconoció indemnización sustitutiva de pensión de vejez; mediante Resolución GNR 279620 del 21 de septiembre 2016, se negó el reconocimiento de la pensión de vejez; mediante resolución GNR 59858 del 27 de febrero 2017 se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez de conformidad con el Decreto n° 758 de 1990, en cuantía inicial de \$616.000 con efectividad a partir del 12 de enero de 2014; mediante Resolución SUB 69551 del 19 de mayo 2017, se reliquidó la mesada pensional modificando la fecha de efectividad quedando a partir del 1° de julio 2011 y se ordenó el pago de un retroactivo pensional por valor de \$18.082.067; COLPENSIONES tuvo una demora injustificada desde la fecha en que se radico solicitud de pensión de vejez, ya que tenía un término de 4 meses para dar respuesta

a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez; desde el 1° de marzo y 1° de junio 2017, se hizo efectivo el pago de la pensión de vejez, lo cual ha generado a su favor el pago de intereses moratorios a partir del 1° de julio 2011; en derecho de petición del 12 de octubre 2018 solicitó reconocimiento y pago de intereses moratorios los cuales fueron negados mediante Resolución SUB 399806 del 26 de diciembre de 2018, sin que a la fecha se hayan reconocido.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 2, 4, 29 47 48, 53 y 145 del Código Procesal Laboral, los artículos 1, 6, 21, 25, 33, 34, 36, 50, 141 y 288 de la Ley 100 de 1993, así como, la Ley 712 de 2001, la Ley 1394 y 1395 de 2010 y el artículo 1653 del Código Civil.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda refiriendo que por mandato legal era procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, cuando existía mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales ya reconocidas, por lo que se consideraba que procedían los intereses aludidos única y exclusivamente a partir de la fecha en que se hubiere expedido el acto administrativo mediante el cual se ordenaba el reconocimiento y pago de las prestaciones y en el evento en que no se cumpliera lo ordenado en el mismo, de igual forma, indicó que sobre la suma correspondiente al pago del valor del retroactivo no se causaban intereses moratorios por cuanto la ley no lo permitía, trayendo a colación la sentencia C-601 de 2000, señalando que lo dispuesto en esta sentencia no aplicaba al caso, toda vez que su representada había venido cancelando las mesadas pensionales reconocidas sin incurrir en mora que permitiera aplicar la sanción establecida, asimismo, mencionó que no se le adeudaba a la demandante retroactivo pensional alguno en consideración a que mediante resolución GNR 59858 de 2017 se

reconoció a la demandante pensión de vejez reconociendo el retroactivo pensional causado y posteriormente mediante la resolución SUB 69551 de 2017, se reliquidó la prestación reconocida y se estableció como de fecha efectividad el 1° de julio de 2011, reconociendo el retroactivo pensional, por lo que no había diferencias causadas en favor de la demandante, y respecto de la indexación, refirió que la misma no tenía fundamento, por cuanto los intereses moratorios traían consigo dicho concepto pues se causaban y calculaban hasta la fecha de pago de la prestación, no pudiendo ser posible que los mismos sean indexados porque se incurriría en un doble pago. Propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y cobro de lo no debido.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de diciembre de 2020, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante TEODOMIRA ESPELETA PEREZ los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, por el periodo comprendido entre el 02 DE NOVIEMBRE DE 2013 al 30 de julio de 2017 sobre el monto de las mesadas pensionales causadas en el lapso del 01 de julio de 2011 al 30 de junio de 2017 según la tasa vigente certificada por la superintendencia financiera al momento de su pago.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada”

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que COLPENSIONES inicialmente negó el derecho a pensión de la demandante aduciendo que la actora no cumplía los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 (Resoluciones GNR 227534 y GNR 22710 de 2013), luego mediante Resolución 279620 de 2016, sostuvo que ante requerimiento a la

Gerencia Nacional de Operaciones, se indicó que fueron recuperados los ciclos 1999-04 a 2001-12 por multa por parte del Consorcio Colombia Mayor; que se evidenciaron cotizaciones simultáneas y extemporáneas del régimen contributivo, resultando saldos a favor para los ciclos 1999-01 y 1999-03 y 1999-06 y que los ciclos 1996-07 a 2000-05, 2000-07, 2000-12, 2001-04 y 2001-12 fueron cancelados de forma extemporánea de acuerdo con la fecha de pago, posteriormente, Colpensiones mediante Resolución No. 59858 del 27 de febrero de 2017, reconoce pensión de vejez bajo los preceptos del Decreto 758 de 1990, a partir del 12 de enero de 2014, sin embargo, más adelante se expide la resolución SUB 69551 del 19 de mayo de 2017, reiterando que la activa era beneficiaria del régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia, reliquido la prestación precisando como fecha de efectividad el primero de julio de 2011 debido a que “verificada la historia laboral la última cotización era del 201106.

Así indicó que mediante resoluciones GNR 227534 y GNR 22710 de 2013, se negó el reconocimiento pensional y que la demandante había radicado ante la demandada formularios de solicitud de corrección de historia laboral, en las siguientes fechas: días 27 de enero y 12 de marzo de 2015, 9 de febrero, 11 de marzo y 28 de junio de 2016 y 29 de marzo de 2017, para que se incluyeran en su historia laboral los periodos faltantes de febrero de 1985 junio de 1993, febrero de 1991, agosto de 1993, y enero de 1995 a diciembre de 2001, adjuntando los respectivos soportes y que COLPENSIONES, señaló en los escritos de referencia SEM 977259, el No. 1136233 y el No.1172328, que verificada la base de datos de la entidad, los pagos efectuados por distribuidora Espeleta se encontraban aplicados correctamente.

De lo anterior, coligió que desde el momento mismo en que la demandante elevó la solicitud de reconocimiento pensional ya contaba con el derecho para ello y fue por razones de tipo administrativo, ajenas a su voluntad que COLPENSIONES negó el reconocimiento y pago de la

mesada pensional, por lo que se accedería al reconocimiento de los intereses moratorios reclamados, por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2013 al 30 de junio de 2017, por cuanto la solicitud de reconocimiento pensional se presentó el 2 de julio de 2013 y el reconocimiento de la prestación, aunque se dio mediante Resolución No. 59858 del 27 de febrero de 2017 solo hasta el mes de julio de 2017, fue que se hizo efectivo el retroactivo, precisando que se reconocerían a partir del 2 de noviembre de 2013, atendiendo lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es decir, 4 meses después de radicada la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez y hasta el día anterior a que a la actora le fuera pagado el retroactivo pensional adeudado entre el 1° de julio de 2011 al 12 enero 2014.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, solicitó la revocatoria de la sentencia proferida, por cuanto no existía fundamento fáctico y jurídico para la prosperidad del reconocimiento de los intereses moratorios consignados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, por cuanto lo contemplado en dicha norma establecía era que estos resultan procedentes cuando existía mora o retardo en el pago de las respectivas mesadas pensionales ya reconocidas, de manera que eran procedentes única y exclusivamente a partir de la fecha en que había sido expedido el acto administrativo mediante el cual se ordenaba el reconocimiento y pago de la prestación económica solicitada, asimismo, resaltó que sobre la suma correspondiente al pago del valor del retroactivo no se causaban intereses moratorios por cuanto la ley no lo permitía, de igual forma, trajo a colación lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-601 de 2000 y concluyo que los intereses moratorios se referían al atraso de sumas de dinero ya reconocías situación que no aplicaba al caso, toda vez que COLPENSIONES venía cancelando las mesadas pensionales reconocidas sin incurrir en mora que permitiera aplicar la sanción establecida.

Aunado a lo anterior, mencionó que la demora en el reconocimiento pensional tuvo justificación en el hecho que los aportes correspondientes al periodo comprendido entre julio de 1996 hasta septiembre de 1997 y de marzo de 2001 hasta diciembre de 2001, fueron cancelados sólo hasta el 11 de agosto de 2015 y los periodos comprendidos de enero de 2002 hasta agosto del 2002 se cancelaron el día 4 de enero de 2017, tal y como se desprendía en el detalle de pago anexo al reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, lo que implicó que las solicitudes presentadas con anterioridad fueran rechazadas por no acreditarse debidamente los requisitos exigidos para acceder a la pensión.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala procederá a establecer si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de los intereses moratorios reclamados.

En esta instancia, no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que a la demandante TEODOMIRA ESPELETA PEREZ, le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. GNR 59858 del 27 de febrero de 2017, a partir del 12 de enero de 2014, en cuantía inicial de \$616.000 con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 y que con posterioridad mediante Resolución No. 69551 del 19 de mayo de 2017, se ordenó el pago de retroactivo pensional a la demandante teniendo como fecha de disfrute de la pensión el 1° de julio de 2011 y ii) que mediante Resolución No. SUB 329806 del 26 de diciembre de 2018, se negaron los intereses moratorios solicitados en petición realizada el 12 de octubre del mismo año.

Para el efecto, conviene recordar que, tratándose de intereses moratorios, la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4300-2021 radicación No. 87641, del 27 de agosto de 2021, indicó:

“Esta Corte, en sentencia CSJ SL14528 - 2014, recordó que conforme a la doctrina tradicional de esta Sala¹, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en tanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones –dado su carácter resarcitorio y no sancionatorio-.

En ese mismo sentido, baste traer a colación los siguientes argumentos expuestos en la providencia CSJ SL 3130-2020: i) su naturaleza es resarcitoria y no sancionatoria, en consecuencia, la actuación de buena o mala fe no es relevante para su interposición; ii) buscan reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, y iii) existen salvedades que exoneran de su imposición, siempre y cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales. En la sentencia se razonó:

[...] como se dijo en la sentencia de la Corte Constitucional C-601 de 2000, así como en la reciente sentencia de esta corporación CSJ SL1681-2020, la finalidad de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es simplemente la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar «[...] el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones [...]»

Por ello, esta corporación ha dicho que esa imperiosa obligación, así como las sanciones derivadas de su incumplimiento, en este caso los intereses moratorios, encuentran un importante fundamento en el hecho de que la «[...] pensión es el ingreso periódico con el que cuentan las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad o en estado de indefensión, y los miembros del grupo familiar, para sortear sus necesidades básicas y existenciales», además de que «Dada su conexión con el mínimo vital y existencial y los derechos de grupos especialmente protegidos, la Constitución Política le dispensa un trato especial [...]» (CSJ SL1681-2020).

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión. Esto se dijo en la decisión:

¹ Ver CSJ SL, 23 sept. 2002, rad. 18512

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagró los intereses moratorios como una fórmula para dar respuesta al retardo en la solución de las mesadas pensionales, con el plausible designio de hacer justicia a un sector de la población que se ofrece vulnerable y que encuentra en la pensión, en la generalidad de los casos, su única fuente de ingresos.

Acusan los intereses moratorios un claro y franco carácter de resarcimiento económico frente a la tardanza en el pago de las pensiones, orientados a impedir que éstas devengan en irrisorias por la notoria pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios.

No cabe duda de que el retardo o mora se erige en el único supuesto fáctico que desencadena los intereses moratorios. Ello significa que éstos se causan desde el momento mismo en que ha ocurrido la tardanza en el cubrimiento de las pensiones.

En esas condiciones, si los intereses moratorios tienen como finalidad reparar los perjuicios ocasionados al pensionado por la mora en el pago de su respectiva pensión, es imperioso reconocer que deben tener procedencia tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva.

Para la Corte, en este punto, no es admisible sostener que el pensionado únicamente sufre un daño económico cuando no recibe suma alguna por concepto de mesada pensional, pues, teniendo en cuenta que la pensión es un derecho íntimamente relacionado con el mínimo vital, además de que su cuantía está fijada legalmente y tiene una relación de correspondencia con los aportes al sistema, todo pago imperfecto, insustancial o incompleto seguirá generando un deterioro cierto, que merece a todas luces una legítima compensación.

Así las cosas, una interpretación teleológica de la norma impone reconocer que los intereses moratorios también proceden en los casos de pago parcial o incompleto de la pensión, pues en este caso el pensionado también sufre un injusto perjuicio, que merece reparación objetiva.

5. Finalmente, para la Corte una interpretación como la que se viene sosteniendo puede generar efectos inconvenientes para el derecho fundamental al mínimo vital de los pensionados, pues puede propiciar que, con la mera discusión de la cuantía del derecho o a partir de pagos simplemente parciales o insustanciales, las entidades administradoras de pensiones se liberen de sus responsabilidades, lo que resulta abiertamente contrario a las finalidades constitucionales de nuestro sistema de pensiones.

Así lo había previsto en algún momento esta corporación cuando, en la sentencia CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512, señaló que:

[...] el legislador previó el pago de intereses moratorios en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, sin hacer distinción alguna en relación con la clase, fuente u otras calidades de la pensión, siendo irrelevante que el derecho en cuestión hubiese sido controvertido por la parte obligada a su pago. Aceptar lo contrario podría hacer nugatorio el derecho del pensionado a ser resarcido por la mora en el pago de su derecho pensional, pues bastaría que el obligado a su reconocimiento simplemente discuta el derecho en cuestión para que quede eximido de los intereses moratorios.

En ese sentido, para la Corte es preciso subrayar que la obligación constitucional y legal de las entidades administradoras de pensiones no es solo la de pagar de manera oportuna las pensiones de sus afiliados, sino también y fundamentalmente la de pagarlas de manera íntegra, cabal y completa, pues, de lo contrario, se harán merecedoras de la imposición de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

[...]

En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago.»

(...)”

De conformidad con el precedente citado se tiene que los intereses moratorios, deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe del deudor y de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues lo que buscan es reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, no obstante, existen salvedades que exoneran de su imposición cuando se circunscriben a razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido.

Precisado lo anterior, debe aclararse que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia establecen la procedencia de los intereses moratorios, no debe entenderse como lo sostiene la recurrente, esto es, que son procedentes solo cuando ya se ha expedido el acto

administrativo de reconocimiento y no se pagan las mesadas pensionales, en la medida en que las mesadas pensionales son accesorias al reconocimiento pensional y el retardo cuyo resarcimiento opera por disposición legal es por el no pago de la obligación a su cargo, que no es otra cosa que el reconocimiento del disfrute de la pensión dado que a partir de allí es que se empiezan a generar las mesadas pensionales.

Aunado a lo antes mencionado y toda vez que otro de los reparos realizados se centra en indicar que sobre el valor del retroactivo no se causaban intereses moratorios, debe tenerse presente que el a quo no ordenó el pago de los intereses moratorios sobre dicho valor, pues lo que señaló es que los mismos se causaban por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2013 (4 meses después de radicada la solicitud de reconocimiento de la pensión) hasta el 30 de junio de 2017 (día anterior a que a la actora le fuera pagado el retroactivo pensional adeudado entre el 1° de julio de 2011 al 12 enero 2014), ello por cuanto, la obligación solo se considera satisfecha cuando se reconoce de manera íntegra, cabal y completa, de tal suerte que los intereses moratorios surge incluso cuando hubiese existido pago parcial.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, de conformidad con la jurisprudencia citada existen salvedades que pueden acarrear la exoneración de la imposición de intereses moratorios y toda vez que la recurrente señala que la demora en el reconocimiento pensional se encontraba justificada en el hecho que los aportes del periodo comprendido entre julio de 1996 hasta septiembre de 1997 y de marzo de 2001 hasta diciembre de 2001, fueron cancelados sólo hasta el 11 de agosto de 2015 y los periodos comprendidos de enero de 2002 hasta agosto del 2002 se cancelaron el día 4 de enero de 2017, se procederá a analizar si esto resulta o no atendible.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en establecer la responsabilidad de las administradoras de fondos pensionales frente al manejo de información de las historias laborales de sus afiliados dada la relevancia probatoria que tienen para estos frente al reconocimiento pensional y que las inconsistencias que puedan presentarse no pueden ser endilgadas a los ciudadanos.

De igual forma, se ha señalado por dicha corporación y por nuestro máximo órgano de cierre, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que la mora del empleador en el pago de los aportes a seguridad social y la negligencia de la administradora de fondos de pensiones en el uso de los mecanismos legales para el cobro de dichos dineros, no son aceptables para negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, tal y como se aprecia de lo expuesto en sentencia SL537-2019, radicación No. 65813 del 19 de febrero de 2019, en donde se señaló:

“(..)

Esta corporación ha señalado que, para efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el aportante, a fin de verificar si se cumplen los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta las consignadas oportunamente, así como las que se encuentran en mora o las que se pagaron de manera extemporánea, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que aquel se encuentre afiliado.

Así pues, el trabajador dependiente cumple con su deber de cotizar, realizando la labor para la que fue contratado, y es al empleador, posterior a la afiliación, a quien, de conformidad con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le corresponde realizar el pago a la administradora pensional y de no hacerlo a término, se generan unos intereses moratorios. Así pues, la norma en comento indica:

ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

Por lo tanto, antes de que la administradora de pensiones traslade las consecuencias del no pago de los aportes al afiliado o sus beneficiarios, debe probar que, previamente cumplieron con su obligación de manera diligente,

que no es otra sino las correspondientes acciones de cobro, tal y como lo dispone el artículo 24 ibidem. Pues es responsabilidad de aquellas garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados.

ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

En ese orden, su labor no consiste en el simple recaudo de los aportes, sino que, como administrador de esos recursos, tiene la obligación legal de vigilancia, a fin de que estos se hagan efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes. Como lo ha establecido esta corporación en la sentencia CSJ SL4539-2018 rememorando la CSJ SL34270, 22 jul. 2008:

(...)”

En ese orden de ideas y aunque al verificar en el reporte de semanas cotizadas actualizado al 12 de diciembre de 2019, obrante en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES (fl. 70) se advierte que en efecto existió un pago extemporáneo de los periodos aducidos por la recurrente, no puede pasarse por alto que para verificar si se cumplen los presupuesto legales para el reconocimiento pensional, deben tenerse en cuenta las semanas consignadas oportunamente, las que se encuentren en mora o las pagadas extemporáneamente, por lo que dicha justificación no resultaba atendible para no acceder al reconocimiento pensional.

Ahora y si bien se advierte que la actora solicitó la corrección de su historia laboral, tal y como se deduce de las distintas solicitudes de corrección obrantes en el expediente administrativo, ante la negativa del reconocimiento pensional por semanas faltantes y COLPENSIONES en las comunicaciones expedidas No. 977259 del 29 de junio de 2016, 1136233 del 14 octubre de 2016 y 1172328 del 18 de noviembre de 2016, respecto de los periodos reclamados 1995-01 a 1996-04, 1996-07 a 1997-09, 1999-01 a 2000-05, 2000-07 a 2000-12, 2001-04 y 2001-12, indicó que dichos periodos se encontraban aplicados correctamente a la historia laboral, se advierte que los mismos no se tuvieron en cuenta

oportunamente en las resoluciones que analizaron el reconocimiento, ni en forma completa en el reporte de semanas cotizadas actualizado al 5 de octubre de 2012, ello en parte porque de las resoluciones obrantes en el expediente administrativo, se desprende que incluso las inconsistencias conllevaron a que se solicitara indemnización sustitutiva, la cual fue reconocida pero su valor reintegrado tal y como aprecia de lo señalado en la parte considerativa de la Resolución No. 279620 del 21 de septiembre de 2016, en donde además se indicó que se hizo requerimiento a la Gerencia Nacional de Operaciones bajo el radicado 2016_10356503, solicitando la actualización de la Historia Laboral de la peticionaria obteniendo como respuesta que conforme la web del consorcio Colombia mayor los ciclos de 1999-04 a 2001-12 fueron recuperados por multa, siendo así los subsidios correspondientes a los ciclos ya mencionados devueltos al estado toda vez que el afiliado entro en estado de suspensión por no efectuar cumplidamente sus aportes, también se indicó que se evidenciaban cotizaciones simultaneas y extemporáneas del régimen contributivo con DISTRIBUIDORA ESPELETA LIMITADA EN LIQUIDACION razón por la cual razón surgían observaciones de saldo a favor del estado y del afiliado para los ciclos 199901 a 199903 y 199906 y que los pagos efectuado por la mencionada distribuidora para los ciclos 1996-07 a 2000-05, de 2000-07 a 2000-12, 2001-04 y 2001-12, fueron cancelados de forma extemporánea de acuerdo con fecha de pago 11/08/2015, fecha para la cual no se tenía relación laboral con dicho empleador, ni existe afiliación a Colpensiones razón por lo cual no contabilizan en la Historia Laboral, de lo que se aprecia que de una parte existía mora en el pago de los aportes, sin que se acreditara la gestión de cobro por parte de COLPENSIONES previo a la reclamación pensional y toda vez que frente los pagos efectuados en los ciclos en que se indica que no existía relación laboral, se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión realizado a la demandante, no existían razones para negar el derecho reclamado, cuyos presupuestos estaban estructurados desde el 1° de julio de 2011.

Así las cosas y toda vez que en efecto, la Ley 100 de 1993, contempla en el inciso 3 del literal e que los fondos reconocerán la pensión en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud por el peticionario, se tiene que como la misma, se presentó el 2 de julio de 2013, según se desprende de las Resoluciones GNR 227534 y GNR 227710 del 5 de septiembre de 2013, los 4 meses se cumplieron el 2 de noviembre de 2013, desde esta fecha empezaban a correr los mismos y toda vez que el reconocimiento integro y completo de la pensión se efectuó con el pago del retroactivo generado a partir del 1° de julio de 2011, el cual sería ingresado a nómina para el periodo 2017-06 que se paga en el periodo 2017-07, se tiene que los intereses moratorios correrían hasta el 30 de junio de 2017, tal y como se señaló por el fallador de primera instancia, razón por la cual se procederá a confirmar la decisión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de diciembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” contra COMPENSAR EPS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00940 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” contra el fallo proferido el 20 de agosto de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 31 de diciembre de 2020 (fl. 70) y remitido el expediente a esta Corporación el 22 de julio de 2021 (C2 fl. 1).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La DIAN pretendió que en su favor se ordenará el reconocimiento y pago de las incapacidades solicitadas por valor de \$254.355, más los

intereses moratorios generados desde la fecha de pago de la incapacidad y hasta que se realizará el desembolso de las mismas.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte actora manifestó que le fueron expedidas incapacidades a la funcionaria CECILIA RICO TORRES, por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2012 al 3 de marzo de 2012, por parte de COMPENSAR EPS S.A., las cuales fueron solicitadas para pago o cancelación de diferencia mediante oficio No. 100214309-1361-2015 del 10 de septiembre de 2015, en el que se relacionaron varias incapacidades entre ellas la aquí solicitada, no obstante, a la fecha de la presentación de la reclamación no se había obtenido respuesta ni cancelación de la diferencia que se señala en el siguiente cuadro:

Fecha inicio	Fecha Final	Total días	Tipo Inc.	IBC	Valor DIAN	Pago EPS	Diferencia
2/03/2012	6/03/2012	5	EG	14.167.000	\$629.644,00	\$375.289,00	\$ 254.355,00

III. RESPUESTA DE COMPENSAR EPS S.A.

La demandada sostuvo frente a las pretensiones que las rechazaba y en consecuencia solicitaba su improcedencia por cuanto el reconocimiento de la prestación económica a nombre de CECILIA RICO TORRES fue liquidada correctamente, autorizada y pagada a través de la cuenta suministrada por la empresa para tal efecto, careciendo de objeto la petición por hecho superado con base en que dicha liquidación fue hecha a partir del IBC establecido por la normatividad vigente. Propuso las excepciones que denominó improcedencia del requerimiento jurisdiccional por carencia de objeto – hecho superado, improcedencia de la petición – ausencia de vulneración de derechos fundamentales por conducta alguna de COMPENSAR EPS S.A, las demás que la señora Superintendente delegada encuentre probadas y que por no requerir formulación expresa declare de oficio.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, no accedió a las pretensiones planteadas, señalando que el objeto de la litis se centraba en la diferencia de lo reconocido por COMPENSAR EPS S.A. y el valor que la DIAN reconoció por concepto de la incapacidad, al respecto señaló que dilucidar el asunto debía tenerse en cuenta lo señalado en parágrafo 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993 (base de cotización al sistema general de seguridad social en salud), el artículo 14 del Decreto 1158 de 1994 (establece el salario mensual base para calcular las cotizaciones de los servidores públicos) y el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016 (establece la base sobre el cual se calcula la liquidación de las prestaciones económicas), indicando que el IBC no era lo mismo que salario, ya que el primero, incluía otros factores que no eran salariales (primas, vacaciones, bonificaciones o podía ser disminuido por el pago de incapacidad), por lo que resultaba inapropiado tomar como IBL de una prestación económica el IBC, ya que este podía no corresponder al salario que devengaba la persona al momento que daba inicio la prestación económica reclamada, dado que como el IBC tenía factores adicionales al salarial podía generar liquidaciones incorrectas. Preciso que el reconocimiento económico de las prestaciones para los cotizantes del régimen contributivo indistintamente de su condición de trabajador del sector público o privado tenía como base el salario, que en el caso de los primeros se encontraba establecido en el artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, de acuerdo con ello, y como la demandante allegó comprobante de nómina de febrero de 2012, en el cual se evidenció que el salario devengado para por la funcionaria para la vigencia en que se expidió la incapacidad (marzo 2012), correspondía a la suma de \$8.373.986, al practicar la liquidación ello arrojaba la suma de \$372.195,76, por lo que al ser la cifra pagada por COMPENSAR EPS S.A. mayor a la arrojada en la liquidación (\$375.289), no existía saldo pendiente de pago.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La DIAN, impugnó la decisión, mediante escrito en el que mencionó que una cosa eran los comprobantes de pago de nómina y otra la planilla de pago de aportes mes por mes a la seguridad social, que obraba en el plenario copia de las planillas de autoliquidación de aportes de los 6 meses anteriores a la ocurrencia del hecho, en donde se indicaba la planilla que reportaba el IBC con fecha de pago de 08/03/2012 por \$14.167.000 y también obraba desprendible de nómina del 1° de abril de 2014, con el que se demostraba el pago por licencia de enfermedad por valor de \$629.644, precisando que el IBC era el reporte que identificaba no solo el cumplimiento oportuno de los pagos sino la notificación de los salarios reconocidos sobre los cuales se deben realizar los aportes y que bastante se había debatido sobre el concepto de salario teniéndose superado este aspecto y logrado aportes no solo sobre la asignación básica sino incluir los otros conceptos, para retrotraer el concepto solo para algunos pagos, trayendo a colación un pronunciamiento del Tribunal Superior de Bogotá, del 29 de marzo de 2019, M.P. Miller Esquivel Gaitán, en el que se hizo alusión a los artículos 9 del Decreto 1848 de 1969 y 3.2.1.3 del Decreto 780 de 2016 y concluyendo que para el caso bajo análisis los aportes del mes de febrero de 2012, se pagaron el mes de marzo de 2012 donde el IBC fue \$14.167.000, por lo que si había prueba para determinar el IBC con el cual liquidar la incapacidad y no el valor relacionado en el fallo.

Establecida de esta manera la inconformidad, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, se acudirá a lo dispuesto en el artículo 227 del C.S.T. que establece el valor en que se liquidará y pagará el auxilio por enfermedad, en los siguientes términos:

ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO. *En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.*

Por su parte, el artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a los empleados públicos, frente al subsidio por enfermedad señala lo siguiente:

“Artículo 9°.- Prestaciones. *En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:*

a) Económica, que consiste en el pago de un subsidio en dinero, hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras (2/3) partes de dicho salario, durante los primeros noventa (90) días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare.

(...)”

De conformidad con la normatividad citada, se tiene que el reconocimiento económico que se realiza por concepto de incapacidades de origen común se liquida y paga, teniendo en cuenta el salario devengado por el trabajador del sector público o privado.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el artículo 3.2.1.3. del Decreto 780 de 2016, establece es el IBC en materia de aportes al sistema de Seguridad Social en Salud y como opera el pago anticipado de los mismos:

“ARTÍCULO 3.2.1.3. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN PARA LOS APORTES EN SALUD. *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 estos 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 acuerdo con la preceptiva antes citada, se tiene que para calcular el IBC se tendrá en cuenta el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes anterior a aquel en que se busca cubrir el riesgo, de tal suerte que la primera cotización a salud se realizará al inicio del siguiente mes de la vinculación del trabajador, lo que supone que la cotización del mes en que debe hacerse el aporte se vería compensada en

el mes siguiente, ya que como la nómina se cancela mes vencido, el aporte se compensará en el mes siguiente para que así se pueda cubrir el riesgo en forma anticipada.

Precisado lo anterior, debe tenerse en cuenta que una cosa es el IBC sobre el que se realiza el pago de los aportes y que permiten cubrir el riesgo en forma anticipada y por tanto otorgar las prestaciones económicas y asistenciales que requiera el afiliado y otro el valor sobre el cual se debe liquidar y pagar la incapacidad, pues sobre el particular existe norma expresa, como se desprende de lo señalado en el artículo 227 del C.S.T. y el artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, de los cuales se extracta que la incapacidad se pagará durante los primeros 180 días sobre las 2/3 partes del salario o lo que es lo mismo sobre el 66,67% del salario, por lo que no le asiste razón a la recurrente para indicar que la misma debió haberse liquidado teniendo en cuenta el IBC por esta aducido.

Aunado a lo anterior y en forma previa a liquidar la incapacidad debe tenerse en cuenta que para la fecha en que se expidió la incapacidad, se encontraba vigente lo dispuesto en el párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999¹, que establecía que *“serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados.”*

Así las cosas y teniendo en cuenta que los comprobantes de nómina allegados vistos a folios 32 y 33, se evidencia que el salario devengado por la funcionaria ascendía a \$8.373.986, es decir, que devengaba un salario diario de \$279.133, el cual al aplicársele el 66,67% arroja un valor de

¹ La cual posteriormente fue modificada por el artículo 1° del Decreto 2943 DE 2013 y compilada en el artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, en el que se redujo a 2 días la incapacidad que debía reconocerse por el empleador.

\$186.098, y toda vez que la incapacidad se expidió por 5 días, siendo a cargo del empleador los 3 primeros días y de la EPS a partir de allí, se tiene que COMPENSAR EPS S.A., debía asumir el pago de 2 días de incapacidad, lo que asciende a \$372.196 y toda vez que no existe controversia en que la mencionada EPS pagó la incapacidad reclamada por valor de \$375.289, no se advierte que exista el error endilgado por lo que se procederá a confirmar la decisión de la Superintendencia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, de fecha 20 de agosto de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Sumario Apelación Providencia
N° 2021 00940 01
DIAN
COMPENSAR EPS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por IAN ALEXANDER TAWSE SMITH ARTURO contra CERREJON ZONA NORTE S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 008 2019 00151 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la vinculada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado

por el apoderado del demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de noviembre de 2020.

En esta instancia se presentaron alegatos por parte de COLPENSIONES, en los que señaló que para la emisión de un bono pensional tipo A, el afiliado debería pedir a su AFP que solicitara la liquidación provisional del mismo, de tal manera que la administradora debía establecer dentro de los 30 días hábiles siguientes a la solicitud, la historia laboral del afiliado con base en la información que le hubiere sido suministrada por el mismo y el archivo laboral masivo certificado por el ISS y, dentro del mismo plazo la AFP solicitaría a quienes hubieran sido empleadores públicos del afiliado o a las cajas fondos entidades de previsión social a las que este hubiere cotizado, que confirmen, modifiquen o nieguen toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono, señalando que la emisión del bono pensional tipo A, se entendería efectuada cuando el emisor privado comunicara que emitió el bono pensional de acuerdo con la información suministrada por la AFP y confirmada por los contribuyentes o cuotapartistas del mismo.

Añadió Colpensiones que conforme a lo anterior, se lograba establecer que para la emisión del bono pensional debía existir un proceso administrativo que si bien iniciaba con la petición del ciudadano afiliado a la AFP, continuaba su impulso por los requerimientos que la misma entidad debía hacer a COLPENSIONES, señalando que en todo caso la emisión de los bonos tipo “A” de las personas que se afiliaron al régimen administrado por el ISS hoy COLPENSIONES hasta el 31 de marzo de 1994, correspondía a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA, de manera que lo único que la administradora podría efectuar era un estudio de reliquidación del bono pensional emitido pero siempre y cuando se demostrará que el mismo se encontraba mal liquidado y, que frente al tema de la devolución de aportes, indicó que COLPENSIONES no tenía obligación alguna frente al reconocimiento ya

que quién tenía el deber legal de responder era PORVENIR y el MINISTERIO DE HACIENDA, reiterando que ello hacía concluir que se encontraban en una situación de falta de legitimación en la causa.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se condenará a los demandados al reconocimiento del bono pensional que conformaba su cuenta de ahorro individual en PORVENIR S.A. tomando como referencia el salario devengado al 30 de junio de 1992, de conformidad con las reglas constitucionales legales y jurisprudenciales aplicables, junto con los intereses corrientes y de mora que correspondieran y debidamente ajustado, así como, al pago de costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones manifestó que ingreso a laborar en el departamento médico de INTERCOR actualmente CERREJÓN el día 1° de septiembre de 1985, desempeñando el cargo de director médico hasta el 11 de agosto de 1994; que desde su vinculación al sistema general de pensiones realizado el 1° de enero de 1978, se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; que el 1° de septiembre de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con la administradora de pensiones PORVENIR S.A.; que el 14 de septiembre de 2017, radicó solicitud de pensión de vejez bajo el No. 0190125028527400; que PORVENIR S.A. cálculo un valor inferior al que le correspondía de acuerdo con las reglas que gobiernan el cálculo del bono pensional que integra las 381 semanas cotizadas en el régimen de prima media tomando como salario de referencia un salario inferior al que devengaba para el 30 de junio de 1992 ya que tomo como salario para el 30 de junio de 1992, la suma de \$665.070, qué contradice el salario que su empleador certificó el 17 de noviembre de 2017, que acredita su asignación ascendió a \$2.000.000 para la misma fecha de 30 de junio de 1992.

Como fundamento normativo, citó los artículos 115 y 117 de la ley 100 de 1993, el artículo 5 del decreto ley 12992 1994 y el Decreto 3366 de 2007. Así mismo, trajo a colación las sentencias expedidas por la corte constitucional C-734 de 2005, C-801 de 2006 y T-734 de 2005 y la sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal del 12 de mayo de 2011, M.P. José Luis Barceló Camacho.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 25 de abril de 2019, notificado por estado el día 26 del mismo mes y año se admitió la demanda promovida por IAN ALEXANDER TAUSE SMITH ARTURO, contra el CERREJÓN ZONA NORTE S.A. y la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., así como también se ordenó vincular al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda fundamentado en que no se habían transgredido las disposiciones citadas por el demandante, en razón a que no existía, ni existió vínculo jurídico alguno legal, reglamentario, contractual o laboral con el demandante, por lo que no existía relación jurídica sustancial entre el mismo y dicha cartera. Propuso las opciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación a cargo de la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, buena fe y excepción genérica.

A su vez, COLPENSIONES indicó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por carecer de sustento fáctico o legal, como quiera que las pretensiones no iban dirigidas a su representada y de lo expuesto se lograba establecer que para la emisión del bono pensional tipo A debía existir un proceso administrativo, que si bien iniciaba con la petición del ciudadano afiliado a la AFP, continuaba su

impulsó con los requerimientos que la misma entidad debía hacer a COLPENSIONES. También indicó que cabía aclarar que la emisión de los bonos tipos A de las personas que se afiliaron al régimen administrado por el ISS hoy COLPENSIONES hasta el 31 de marzo de 1994, corresponden a la oficina de bonos pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA y que en gracia discusión, lo único que dicha administradora podría efectuar sería un estudio de una reliquidación del bono pensional emitido, siempre y cuando se demostrará que el mismo se encontraba mal liquidado. Frente a la devolución de aportes señaló que COLPENSIONES no tenía obligación alguna frente al reconocimiento, pues quién tenía el deber legal de responder era PORVENIR S.A. y el MINISTERIO DE HACIENDA, por lo que se encontraban en lo que la jurisprudencia había contemplado como falta de legitimación en la causa. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación en cabeza de COLPENSIONES y/o falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe - principio de legalidad, prescripción e innominada o genérica.

Por su parte, la empresa CERREJÓN ZONA NORTE S.A. mencionó respecto a las pretensiones que no se admitían las mismas por cuánto no se formulaban en contra de su representada pues el demandante no había laborado para la empresa y que en gracia de discusión no era posible legal, ni jurídicamente, integrar la cuenta de ahorro individual del actor con un bono pensional ajustado, porque de acuerdo con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral para efectos de calcular el valor del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del decreto 1748 de 1995, en junio 30 de 1992, solo se podía realizar con base en las cotizaciones pero teniendo en cuenta la categoría máxima asegurable, es decir la número 51 que se equiparaba a la cantidad mensual de \$ 665.170 en los términos del decreto 2610 del 14 de noviembre de 1989, toda vez que la base mensual antes mencionada era el valor del salario máximo asegurable al 30 de junio de 1992. Propuso

las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa, cobro de lo no debido, inexistencia de obligaciones y prescripción.

Aunado a lo anterior debe tenerse presente que en el escrito de contestación de CERREJÓN ZONA NORTE S.A., se realizó una aclaración previa en la que se menciona que el demandante no laboró para dicha empresa pero que se contestaría también a nombre de CARBONES DEL CERREJON LIMITED por haber sido este el verdadero empleador del demandante, mencionando que no se aceptaban las pretensiones por cuánto el demandante no tenía derecho al reconocimiento del bono pensional con el salario devengado por el mismo al 30 de junio de 1992, porque para aquellos trabajadores que devengaban salarios mensuales superiores a la máxima categoría asegurable al 30 de junio de 1992, el valor del bono pensional se debía establecer con base en el salario de cotización devengado en la fecha antes mencionada y en la máxima categoría, es decir, la número 51 que se equiparaba a la suma de \$665.070, en los términos del Decreto 2610 del 14 de noviembre de 1989, en consecuencia con dicho salario era que se debía calcular el bono pensional, precisando que si no se tenía derecho a la principal menos podía accederse a lo secundario o complementario cómo lo eran los intereses corrientes y de mora sobre una obligación inexistente. Propuso las excepciones de mérito que denominó: pago, cobro de lo no debido, inexistencia de obligaciones, prescripción y las demás que se demuestren en el proceso.

Finalmente, PORVENIR S.A., refirió que no se oponían, ni aceptaban las pretensiones relacionadas con el reconocimiento del bono pensional en el salario mencionado y al pago de intereses, como quiera que por ser un fondo Administrador de Pensiones, no intervenía en el reporte del salario base con el cual se liquidaba el bono pensional del demandante y menos aún en la relación laboral de este con la compañía cerrejón, y en ese sentido, era el despacho quién debía determinar si accedía a las pretensiones para que una vez ordenado el valor sobre el cual se debía

liquidar el bono pensional, procedieran a solicitar la emisión, revisión y posterior pago de ese título, para que hiciera parte de la cuenta individual del actor. De igual forma, señaló que de acuerdo con la facultad que le otorgaba el artículo 48 del decreto 748 de 1995, era una simple intermediaria para adelantar por cuenta del afiliado las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplieran los requisitos establecidos para su redención, lo cual en el caso bajo análisis no se había cumplido, ya que el demandante manifestó que existían periodos en los cuales su empleador no hizo el pago de sus aportes para pensión con el verdadero salario que devengaba cuando estaba afiliado a COLPENSIONES, lo cual había causado que el demandante no hubiese firmado su historia laboral y por ende no se hubiere podido gestionar la emisión de su bono pensional y obtener su pago, para ingreso a su cuenta individual, lo cual en múltiples oportunidades se le había expuesto al demandante, quien conocía los inconvenientes que se habían presentado, respecto a la solicitud de reintegrar a la cuenta de ahorro individual el valor del bono pensional ajustado.

Agrego Porvenir S.A. que se oponían, por cuánto su representada no integraba el bono de manera automática o caprichosa, pues debía tenerse en cuenta que el estado actual del bono pensional era liquidación provisional con problemas de consolidación de historia laboral, por lo que primero debía solucionarse la actualización de la historia laboral del demandante, para que se ordenara al MINISTERIO DE HACIENDA incluir o modificar los valores y tiempo laborados y una vez emitido, proceder a su redención y pago, dado que tiene redención vencida por lo que una vez su representada reciba el pago por parte del emisor y el contribuyente dicho bono se acreditaría en la cuenta, pero no se ajusta porque su pago se hace inmediatamente es emitido por tener redención vencida. Propuso las excepciones de mérito que denominó: hecho de un tercero, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, falta de causa en las

pretensiones de la demanda, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, compensación, cobro de lo no debido e innominado genérica.

En audiencia realizada el 2 de septiembre de 2020, al momento de procederse con la fijación del litigio se solicitó reponer el auto por parte del apoderado de CERREJON ZONA NORTE y CARBONES DEL CERREJON LIMITED, por cuanto esta última empresa mencionada no fue incluida dentro del mismo, al respecto se dispuso por el despacho *“(…) efectivamente el despacho verifica y si bien se encuentra aparentemente en un solo escrito se evidencia que efectivamente se presentó escrito de contestación por parte de la empresa CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED como una empresa o sociedad diferente a CERREJÓN ZONA NORTE, donde efectivamente manifiestan y aceptan la relación laboral entre estos y el demandante, razón por la cual revisado dicho escrito como quiera que frente a la totalidad de los supuestos fácticos afirma que tiene varios hechos o que no es un hecho y de igual forma se opone a las pretensiones, le asiste razón al apoderado de CARBONES DEL CERREJÓN, en la medida en que se adiciona la fijación del litigio para incluir dentro del mismo que el despacho estudiará la procedencia de la condena para el pago del bono pensional reclamado en cabeza de CARBONES DEL CERREJÓN, sociedad diferente a la de CERREJÓN ZONA NORTE, en los mismos términos para las demás demandadas, esto es con el salario realmente devengado con el actor, en estos términos queda adicionada o modificada la fijación del litigio”*.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de noviembre de 2020, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas CERREJON, AFP PORVENIR, al MINISTERIO DE HACIENDA y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y DEL DERECHO y dadas las resultas del proceso el despacho

se releva del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos.

TERCERO: *CONDENA en costas a cargo de la parte demandante, liquidense por secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de \$877.803.*

CUARTO: *En caso de no ser apelada la presente decisión como resulta adversa a los intereses del demandante, remítase las diligencias al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en su favor.”*

Posteriormente, ante solicitud del apoderado del CERREJON ZONA NORTE S.A., se aclaró la sentencia en los siguientes términos:

“(…) se aclara la sentencia en el numeral primero, en el sentido que la absolución que se está señalando en la misma cobija a las demandas CERREJÓN ZONA NORTE y CARBONES DE CERREJÓN, empresas que contestaron la demanda y que han sido parte dentro del debate procesal.”

Como fundamento de su decisión indicó que al tenor de lo dispuesto por la C.S.J., S.C.L en sentencia SL1042-2019, se evidenciaba que al demandante no le asistía razón para que se reliquidara el bono pensional teniendo en cuenta el salario realmente devengando (\$2.000.000), toda vez que el bono no podía ser liquidado con el salario realmente devengado, teniendo en cuenta que por mandato legal o normativo, el ISS no podía recibir cotizaciones superiores al límite establecido en el Decreto 2610 de 1989, el cual era de \$665.070, así el afiliado devengara un mayor valor a este, indicando que si bien el demandante se trasladó al régimen de ahorro individual con anterioridad a la sentencia que declaró la inexecutable del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, debiendo atenerse a lo dispuesto en dicha normativa, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, en un principio decidió no darle aplicabilidad al mismo bajo la consideración que iba en contravía de las disposiciones normativas que obligaban al ISS, a no recibir cotizaciones superiores a las establecidas en la norma, como se indicó en sentencia SL2793-2020, razones por las cuales procedió a absolver de todas y cada una de las pretensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, solicitó la revocatoria de la sentencia proferida, por cuanto la seguridad social es un sistema de subrogación de riesgos, por lo que mal podía concluirse que no había cobertura y que por tanto simplemente no era asegurable el riesgo y que en dicha consideración los afiliados quedaban desamparados sino había cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, tal y como había sido estructurado el sistema. Aunado a ello mencionó que se había dado una incorrecta interpretación y aplicación a la sentencia C-734 de 2005, la cual era una sentencia tipo C, es decir, con efectos erga omnes, la cual se estaba desconociendo dado el carácter ultractivo y no retroactivo de la misma, al igual que desconocía lo establecido en la sentencia T-801 de 2006, vulnerando los principios de igualdad y seguridad jurídica y desconociendo que frente a este mismo supuesto existía un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en el que a quo apoya su providencia, correspondiente a la sentencia del 12 de mayo de 2011, con ponencia del magistrado Barceló Camacho, en donde aseveró frente a tal aspecto que se había reiterado sostenidamente por la Corte Constitucional que para casos en que el trabajador realizó el traslado del régimen pensional antes de la declaratoria de inconstitucionalidad el salario base liquidación debía ser el devengado al momento de dicho traslado, por lo que había un desconocimiento del precedente que fundamenta la decisión del a quo que ameritaba su corrección y había un desconocimiento absoluto de cómo funcionaba el sistema de seguridad social, señalando que de acogerse la tesis del juzgado y de las providencias traídas a colación, se concluiría que en el país no había seguridad social porque simplemente operaba bajo las coberturas y una vez un empleador no afiliaba o no inscribía a las coberturas del sistema de Seguridad Social a su trabajador, pues simplemente no operaba ninguna cobertura porque el sistema no estaba para amparar espacios no adscritos y concluye solicitando que se debe respetar el precedente contenido en la sentencia C-734 de 2005 y C-801 de 2006.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala procederá a establecer si resulta viable la reliquidación del bono pensional reclamado por el demandante teniendo en cuenta el salario devengado al 30 de junio de 1992, esto es, \$2.000.000 y a las demás pretensiones solicitadas derivadas de ello.

En esta instancia, como hechos no discutidos se tiene que el demandante es beneficiario de un bono pensional tipo A modalidad 2, así como que el salario devengado al 30 de junio de 1992 ascendió a \$2.000.000 y que se traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad antes de la expedición de la sentencia C-734 de 2005.

Para el efecto, conviene recordar que de vieja data nuestro máximo órgano de cierre, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha venido señalando que el salario de referencia que sirve de fundamento para liquidar el bono pensional, debe ser aquel con el cual el empleador pagó las cotizaciones teniendo en cuenta los topes señalados en la normatividad que regulaba el ISS, señalándose incluso que el incumplimiento de la obligación del empleador de declarar en el sistema ALA el salario devengado a 30 de junio de 1992, al margen de si superaba la categoría máxima salarial 51, era intrascendente, ya que el bono pensional no podía calcularse tomando como referencia el salario devengado, sobre el particular en sentencia SL411-2020, radicación No. 63699 del 12 de febrero de 2020, se indicó:

“(…)

De antaño, esta Sala ha venido reiterando, que el salario de referencia que sirve de fundamento para liquidar el bono pensional, debe ser aquel con el cual el empleador pago las cotizaciones y teniendo como tope el de la categoría 51, es decir, \$665.070, sin que pueda considerarse uno superior, así sea el realmente devengado por el interesado; máxime si el actor, como quedó determinado y no es materia de controversia, se trasladó de régimen pensional el 30 de octubre de 1998.

Sobre este mismo conflicto jurídico, esta Corporación en la sentencia CSJ SL,

26 oct. 2016, rad. 57524, expresó:

Como quiera que el ataque está planteado por la vía directa o de puro derecho se encuentran fuera de controversia los presupuestos fácticos fijados por la sentencia del Tribunal, relativos a que el demandante laboraba para la empresa Carbones del Cerrejón para el 30 de junio de 1992 y que ésta reportó al Instituto de Seguros Sociales, en la planilla de autoliquidación de aportes, como salario devengado para dicha data el valor de \$ 665.070.

Frente a los errores jurídicos endilgados por la censura en el ataque, esta Corporación se ha venido pronunciando en el sentido de que, para efectos de la liquidación del bono pensional de las personas que se trasladaron del régimen de prima media al de ahorro individual, el salario de referencia no es el “devengado” para el 30 de junio de 1992 sino el máximo asegurable permitido, según lo dispuesto en el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, que determinó como límite el valor de \$665.070, por lo que la entidad administradora de pensiones no estaba autorizada a recibir cotizaciones superiores a este tope, así el trabajador hubiese devengado una remuneración superior, tal como sucede en el presente asunto, de manera que, en estos casos, debe tomarse en cuenta la base máxima asegurable, sin que pueda alegarse la aplicación del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994 con base en decisiones de la Corte Constitucional, como lo alega desacertadamente el censor.

En efecto, en la sentencia CSJSL 31 mar. 2009, rad. 31855, base del fallo impugnado por la censura, esta Sala sostuvo:

La Ley 100 de 1993, especialmente su artículo 117, tomó el 30 de junio de 1992, como fecha de referencia para determinar el valor de los bonos pensionales en orden a la implementación y cabal desarrollo del nuevo Sistema General de Pensiones establecido por dicha ley.

Para la fecha en mención, valga la pena recordarlo, el régimen pensional estaba fundamentalmente a cargo del Instituto de Seguros Sociales y de algunas cajas de previsión social de naturaleza pública, así como en cabeza de algunos empleadores –públicos y privados–. Básicamente, las pensiones de jubilación en el referido sistema, eran producto de las cotizaciones o aportes realizadas por empleadores y trabajadores o por el tiempo de servicios en el sector público.

Asimismo, para ese entonces, y en lo que tiene que ver con el régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales, existían unas tablas de categorías y cotizaciones que imponían un tope de salarios mínimos y máximo asegurables según la categoría que correspondiera. Este último, es decir, el salario máximo asegurable, de conformidad con el Acuerdo 048 de 1989, aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, estaba cuantificado en la suma de \$665.070.

Indicaba lo anterior, que el ISS no recibía –ni estaba autorizado para hacerlo según sus reglamentos–, ninguna cotización que superara el salario máximo asegurable, de donde se seguía, como inexorable consecuencia, que así un afiliado devengara o percibiera ingresos más allá del mismo, sus cotizaciones no podían superar el tope legal establecido.

*En consonancia con la situación legal descrita, el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, estableció que el valor de los bonos pensionales para determinar la pensión de vejez de referencia de cada afiliado, se calculaba con fundamento en el “salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar **la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992**, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante...”(Se resalta).*

No obstante la armonía y concordancia existente entre la Ley 100 de 1993 y el salario base de cotización a 30 de junio de 1992, el artículo 139-5 de la mencionada ley concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para que dictara “las normas necesarias para la emisión de los bonos

pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual”.

En desarrollo de tales facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto 1299 de 1994 (publicado en el Diario Oficial número 44.411 del 28 de junio de ese año), en cuyo artículo 5°, literal a) 1994, titulado como “Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia”, asentó que “a) Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992 reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando”. (El subrayado es de la Sala).

Es evidente que el artículo 5° del precitado Decreto 1299 de 1994, introdujo una protuberante modificación en cuanto al salario base de liquidación de los bonos pensionales a 30 de junio de 1992, pues ya no aludió al salario base de cotización, sino al salario devengado en esa fecha de acuerdo con las normas legales vigentes. Y así se afirma, pues si para dicha fecha había un salario máximo asegurable de \$665.070, pero el afiliado realmente devengaba un salario superior, el bono debía liquidarse de acuerdo con este último y no con el se le cotizó.

Desde luego que con la modificación implementada por el artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, bien puede decirse que, mediante una norma posterior, se convirtió en ilegal lo que anteriormente estaba ajustado a la ley. En otras palabras, una situación que en su momento estaba amparada por la ley, después por virtud de una modificación legislativa, pasó a ser ilegal, lo cual no es más que la aplicación retroactiva de una norma, desconociendo con ello el clásico principio general del derecho de la irretroactividad de la ley.

*Y pese a que la Corte Constitucional, en su oportunidad, declaró la inexecutable del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, mediante la sentencia C-734 de 2005, sin embargo, en otras decisiones suyas, especialmente las sentencias de Tutela T-147, T-801, T-910, T-920 y T-1087, de 2006, refiriéndose a la citada sentencia de constitucionalidad, reiteró en forma textual que: “Las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro por regla general, de forma que sólo tienen efectos retroactivos cuando la Corte expresamente le confiere a su sentencia alcances hacia el pasado, lo cual ha sucedido de manera excepcional, cuando en casos concretos se demuestra que están en juego valores constitucionales más importantes que la propia seguridad jurídica”, por eso puntualizó que “no es posible aplicar de manera retroactiva la sentencia C-734 de 2005 y por ende las personas que tenían derecho a la **emisión** del bono conforme a las reglas vigentes al momento de su traslado de un sistema a otro, no han perdido ese derecho. Quiere decir que para aquellas personas que se trasladaron entre la entrada en vigencia del literal a) del artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994 y el momento en el cual se profirió la sentencia C-734 de 2005 (14 de julio de 2005) el literal a) del artículo 5° es plenamente aplicable. La sentencia T 910 de 2006 lo explicó así: “De forma que si la persona se trasladó entre el 28 de junio de 1994 hasta el 14 de julio de 2005 tiene derecho a que el salario de referencia que sirve de base para la determinación del bono pensional se calcule como establecía el literal a) del artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994, esto es, tomando en cuenta el salario devengado por el beneficiario del bono a 30 de junio de 1992” (Lo subrayado no pertenece al texto reproducido).*

Es decir, que según lo dicho por esa alta Corporación, el artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, surtió efectos y los seguirá surtiendo en tratándose de situaciones acontecidas bajo su vigencia.

Empero, la Corte Suprema considera, por lo antes expuesto, que el tantas veces mencionado artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, no puede tener aplicación en el asunto bajo examen, porque al tenor de los Acuerdos y demás disposiciones que regulaban las pensiones de vejez, entre ellas, las atinentes a los límites de cotizaciones a los cuales debía someterse el empresario inscrito en el ISS, las

mismas establecían un salario máximo asegurable, por encima del cual, se repite, la entidad de previsión social no podía recibir cotizaciones.

Precisamente, en sentencia del 16 de marzo de 2008, radicación 25608, sobre el salario máximo asegurable, esta Corporación manifestó lo siguiente:

“...la existencia de normas como las contenidas en el Reglamento General de los Seguros de IVM (Decreto 3041 de 1966, aprobatorio del Acuerdo 224), al preceptuar que “..El Consejo Directivo del Instituto ... establecerá igualmente los salarios asegurables en categorías y señalará el salario de base correspondiente a cada una, sobre el cual se efectuarán los pagos de cotizaciones y se determinará el monto de las prestaciones en dinero..” Los asegurados que perciban salario igual o mayor a la cantidad señalada como límite máximo del salario asegurable, pagarán cotizaciones sobre el valor de éste..” (Artículo 37, incisos 1 y 3).

“También apoya la definición del caso el artículo 32 del Decreto 433 de 1971, en tanto prescribe que las contribuciones señaladas por el ISS a los empleadores y a los trabajadores se sujetarían a la aprobación “del Gobierno Nacional sobre el total de la remuneración asegurable. Sin embargo el Instituto queda facultado, únicamente en lo que se refiere a las cotizaciones destinadas a financiar en dinero las contingencias .. a señalar un límite máximo para la remuneración asegurable, y podrá disponer que el excedente de la remuneración por sobre dicho límite no se considere para los efectos de las cotizaciones ni de las mencionadas prestaciones en dinero en las citadas contingencias ... El Instituto está facultado igualmente para agrupar a los asegurados en categorías según la remuneración y para asignar a cada categoría una remuneración o salario de base que servirá tanto para el cálculo de las cotizaciones como para el pago de las prestaciones en dinero..”.

“Acorde con esa normatividad se encuentra el artículo 24 del Decreto 1650 de 1977 que consagra el establecimiento, en los reglamentos del ISS, de los límites del salario asegurable, y en tal sentido, por ejemplo, el artículo 60 de aquel Decreto 433, previó el salario máximo asegurable en suma no inferior a 22 veces el salario mínimo legal, mientras que el artículo 1° del Acuerdo 01 de 1979, aprobado por el Decreto 3090 del mismo año, señaló para esos efectos la cantidad diaria de \$2.530, la que se aumentó mediante Acuerdo 003 de 1982 y 048 de 1989, aprobados por los Decretos 2630 de 1983, 2610 de 1989; estos preceptos además regularon unas categorías y la máxima (en la última norma reseñada) fue la 51, con un salario mensual máximo asegurable de \$665.070 (artículo 2°), mientras que en el artículo 4° señalaba el salario mensual de base máximo asegurable en 21 veces el salario mínimo legal de cada año”.

En el presente caso, conforme con el certificado expedido por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S. A. (fl 11 C. principal), HENRY GIRALDO PINEDA, “se encuentra vinculado a nuestro fondo de Pensiones Obligatorias desde el 2 de marzo de 2004”, lo que quiere decir que la norma aplicable al demandante para determinar lo correspondiente al salario base de liquidación, era la vigente al 30 de junio de 1992, es decir el Decreto 2160 de 1989 que, como ya se ha dicho, imponía un salario máximo asegurable.

Esta posición ha sido reiterada en diversas oportunidades como en las sentencias CSJ SL, 23 jul. 2009, rad. 35913, CSJ SL, 27 oct. 2009, rad. 36438, CSJ SL, 7 ago. 2010, rad. 39986 y CSJ SL, 6 nov. 2013, rad. 38597, de manera que como la censura no expone criterios nuevos y fundados que impongan variar el criterio sostenido por la Corte, debe reiterarlo para el presente asunto, pues no existe fundamento para la reliquidación pretendida por el demandante, por cuanto la empresa Carbones del Cerrejón reportó al Instituto de Seguros Sociales un salario equivalente al máximo asegurable para el 30 de junio de 1992, esto es, \$665.070 pesos, por lo que así el trabajador hubiese devengado materialmente una remuneración superior, el patrono no podía aportar por encima de dicho tope, ni la administradora de pensiones recibir cotizaciones que lo desconocieran. (Subraya la Corte).

Más recientemente a propósito de la misma discusión e incluso resolviendo el

tema del eventual incumplimiento de la obligación del empleador, de declarar la novedad en el sistema ALA del salario devengado a 30 de junio de 1992, por ser superior a la categoría máxima salarial 51, esta Sala en la sentencia CSJ SL, 20 mar. 2019, rad. 69224, dijo:

Superado lo anterior, le corresponde a la Sala dilucidar si el juez de apelaciones erró al determinar que el salario base a 30 de junio de 1992 para el cálculo del bono pensional, debía determinarse con los salarios base de cotización y no con lo realmente devengado.

Lo primero que advierte la Corte es que en contraste a lo que sostiene el recurrente en casación, la sentencia impugnada no le dio efectos retroactivos al fallo C-734 de 2005 de la Corte Constitucional, en el cual se declaró la inexecutable del literal a) del artículo 5.º del Decreto 1299 de 1994. De hecho, el Tribunal solo la refirió para aclarar que, a pesar de esa circunstancia, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia inaplica ese precepto desde un principio, cuestión que es diferente.

Ahora bien, el casacionista le solicita a la Corte revisar dicho criterio por cuanto desde su punto de vista esa norma estuvo vigente hasta el 14 de julio de 2005, fecha de expedición de la sentencia C-734 de 2005, argumento que estima la Corporación es insuficiente para variar su pensamiento, por las razones que se explican a continuación.

El literal a) del artículo 5.º del Decreto-Ley 1299 de 1994, desde su expedición, generó dudas acerca de su constitucionalidad y abierta contradicción con la Ley 100 de 1993 que pretendió reglamentar.

En efecto, el artículo 139 de la Ley 100 de 1993 revistió al Presidente de la República de precisas facultades para, entre otras cosas, «dictar las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual», premisa que no incluía la posibilidad de modificar el salario base de cálculo de la pensión de referencia con la cual se debe liquidar el bono pensional tipo A.

A pesar de lo anterior, el Decreto-Ley en su artículo 5.º, literal a), so pretexto de precisar temas concretos de la emisión, redención, transacción y expedición de los bonos pensionales, se ocupó del salario base de cálculo de la pensión de referencia de la siguiente manera:

ARTICULO (sic) 5o. SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA LA PENSIÓN DE VEJEZ DE REFERENCIA. *Para los efectos de que trata el literal a. del artículo anterior, se entiende por salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado;*

a) Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.

Además de este exceso en las competencias otorgadas al Gobierno Nacional, surgió una segunda preocupación relacionada con la antinomia suscitada entre esta disposición y el propio texto habilitante

de la Ley 100 de 1993, cimentado sobre la idea de que las pensiones del sistema deben corresponder a los salarios cotizados.

En efecto, el sistema de seguridad social integral fijó como norma directriz, que la pensión percibida por los afiliados fuese un reflejo directo y proporcional de las cotizaciones efectivamente realizadas. De esta forma, y en desarrollo del principio de solidaridad, se procura porque las pensiones sean financiadas con los aportes realizados por los afiliados durante su vida laboral, a la vez que se evita que subsidios públicos, dirigidos a la población vulnerable y más pobre de la sociedad, terminen siendo sufragadas con esos recursos.

Son muchas las disposiciones del sistema de seguridad social que refieren la forma de financiar y calcular las pensiones. Así, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prescribe que para el reconocimiento de las pensiones contempladas en los dos regímenes «se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos», al punto que el literal l) prohíbe sustituir semanas de cotización «con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas»; el inciso final del artículo 18 señala que «el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión»; el 21 establece que el ingreso base de liquidación se integra con los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado y, más aún, el artículo 117 expresamente menciona que para determinar la pensión de referencia debe tenerse en cuenta «la base de cotización del afiliado a 30 de Junio (sic) de 1992» .

En consonancia con lo anterior, esta Corte ha defendido en diferentes temas relativos a pensiones del sistema de seguridad social, que las prestaciones se calculan sobre los salarios base de cotización y no con lo devengado por el trabajador o servidor público. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL164-2018, la Sala consideró que la referencia a devengado contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debía «interpretarse como cotizado, dado que el sistema de seguridad social y las pensiones que de él derivan, dentro de las cuales se encuentran las del régimen de transición, se soporta en una relación de correspondencia entre lo cotizado y el monto de la pensión; de ahí que para liquidar las pensiones es necesario computar los factores salariales sobre los cuales se hicieron aportes al sistema pensional».

Así mismo, en la sentencia CSJ SL17021-2016, al defender la liquidación del IBL de los beneficiarios del régimen de transición con las previsiones de la Ley 100 de 1993, la Corporación adoctrino que esta decisión legislativa obedeció a la necesidad de suprimir «las prerrogativas de muchos regímenes anteriores, que permitían obtener pensiones que no correspondían a los ingresos reales de la vida laboral y que estaban ligadas a las rentas obtenidas en lapsos muy breves».

Esta directriz del sistema, aunque ya venía inmersa en la lógica de la Ley 100 de 1993, fue reiterada en el inciso 6.º del Acto Legislativo 01 de 2005 al señalar que «Para la liquidación de las pensiones sólo (sic) se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones».

Entonces, el literal a) del artículo 5.º del Decreto-Ley 1299 de 1994 no solo se expidió por fuera de las facultades entregadas al Presidente de la República, aspecto que finalmente provocó su inexecutable en el año 2005, sino que, además, desde un inicio suscitó un problema jurídico de incompatibilidad normativa bidimensional: (1) con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, el cual había dispuesto todo lo contrario,

esto es que la pensión de referencia se liquidaba teniendo en cuenta «la base de cotización del afiliado a 30 de Junio (sic) de 1992» y no lo devengado; y (2) con los principios y directrices que inspiran el actual sistema de seguridad social, de los cuales deriva la regla según la cual las pensiones se financian con lo efectivamente cotizado.

Por este motivo, y sin que ello significara darle efectos retroactivos al fallo C-734 de 2005, esta Sala en la sentencia CSJ SL 31855, 31 mar. 2009, optó por inaplicar el literal a) del artículo 5.º del Decreto-Ley 1299 de 1994, precisamente porque desde el principio se advirtió un conflicto entre dos normas vigentes, que debía ser resuelto en favor del texto delegante de la Ley 100 de 1993 y al cual estaba subordinada la reglamentación del Gobierno. Además, en pro de garantizar la coherencia o cohesión axiológica del sistema de seguridad social.

En torno a la inaplicación de esta norma, adujo la Corte en la citada sentencia:

Es evidente que el artículo 5º del precitado Decreto 1299 de 1994, introdujo una protuberante modificación en cuanto al salario base de liquidación de los bonos pensionales a 30 de junio de 1992, pues ya no aludió al salario base de cotización, sino al salario devengado en esa fecha de acuerdo con las normas legales vigentes. Y así se afirma, pues si para dicha fecha había un salario máximo asegurable de \$665.070, pero el afiliado realmente devengaba un salario superior, el bono debía liquidarse de acuerdo con este último y no con él se le cotizó.

Desde luego que con la modificación implementada por el artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, bien puede decirse que, mediante una norma posterior, se convirtió en ilegal lo que anteriormente estaba ajustado a la ley. En otras palabras, una situación que en su momento estaba amparada por la ley, después por virtud de una modificación legislativa, pasó a ser ilegal, lo cual no es más que la aplicación retroactiva de una norma, desconociendo con ello el clásico principio general del derecho de la irretroactividad de la ley.

Y pese a que la Corte Constitucional, en su oportunidad, declaró la inexecutable del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, mediante la sentencia C-734 de 2005, sin embargo, en otras decisiones suyas, especialmente las sentencias de Tutela T-147, T-801, T-910, T-920 y T-1087, de 2006, refiriéndose a la citada sentencia de constitucionalidad, reiteró en forma textual que: “Las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro por regla general, de forma que sólo tienen efectos retroactivos cuando la Corte expresamente le confiere a su sentencia alcances hacia el pasado, lo cual ha sucedido de manera excepcional, cuando en casos concretos se demuestra que están en juego valores constitucionales más importantes que la propia seguridad jurídica”, por eso puntualizó que “no es posible aplicar de manera retroactiva la sentencia C-734 de 2005 y por ende las personas que tenían derecho a la emisión del bono conforme a las reglas vigentes al momento de su traslado de un sistema a otro, no han perdido ese derecho. Quiere decir que para aquellas personas que se trasladaron entre la entrada en vigencia del literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994 y el momento en el cual se profirió la sentencia C-734 de 2005 (14 de julio de 2005) el literal a) del artículo 5º es plenamente aplicable. La sentencia T910 de 2006 lo explicó así: “De forma que si la persona se trasladó entre el 28 de junio de 1994 hasta el 14 de julio de 2005 tiene derecho a que el salario de referencia que sirve de base para la determinación del bono pensional se calcule como establecía el literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994, esto es, tomando en cuenta el salario

devengado por el beneficiario del bono a 30 de junio de 1992” (...). Es decir, que según lo dicho por esa alta Corporación, el artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, surtió efectos y los seguirá surtiendo en tratándose de situaciones acontecidas bajo su vigencia.

Empero, la Corte Suprema considera, por lo antes expuesto, que el tantas veces mencionado artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, no puede tener aplicación en el asunto bajo examen, porque al tenor de los Acuerdos y demás disposiciones que regulaban las pensiones de vejez, entre ellas, las atinentes a los límites de cotizaciones a los cuales debía someterse el empresario inscrito en el ISS, las mismas establecían un salario máximo asegurable, por encima del cual, se repite, la entidad de previsión social no podía recibir cotizaciones.

Es que admitir la tesis del recurrente conduce a la posibilidad de que la diferencia en el valor del bono pensional, sea sufragada directamente por La Nación con recursos públicos del presupuesto, en favor de un trabajador de altos ingresos y sin que exista un fundamento constitucional que respalde ese beneficio.

El anterior análisis también lo realizó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 16 de diciembre de 2003, Corporación que no solo advirtió el exceso en las atribuciones reglamentarias; también una posible violación de la prohibición del artículo 335 de la Constitución Política de «decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado». En lo pertinente, señaló esa Corporación:

La segunda preocupación hace referencia a la posible violación, por parte del mencionado Decreto Ley 1299 de 1994, del artículo 355 de la Constitución Política de 1.991, el cual prohibió a partir de su promulgación, “decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”. El problema surge cuando se profundiza en el estudio de las responsabilidades jurídicas y económicas que ha tenido y tendrá para la Nación el cambio de la forma de liquidación del bono pensional estatuido en la ley 100, realizado por el Decreto Ley 1299 de 1994, artículo 5°, literal a), ya que al pasar del concepto de “base de cotización” al de “salario devengado”, en aquellos casos en que el “devengado” supera la categoría máxima de cotización del ISS en la fecha base, que era de 10 SMLM, se genera un mayor valor del bono, a cargo de la Nación y a favor de las personas que se trasladen al régimen de ahorro individual, según se mostrará detalladamente en este concepto. El mayor valor del bono por el cual debe responder la Nación, puede ser, a juicio de la Sala, un auxilio inconstitucional al tenor del artículo 355 ya citado.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal no cometió ningún error al concluir que el salario base de liquidación del bono pensional a 30 de junio de 1992, debía ser aquel sobre el cual se cotizó al sistema y no el que devengó el accionante.

Por último, no está por demás mencionar que el eventual incumplimiento de la obligación del empleador de declarar en el sistema ALA el salario devengado a 30 de junio de 1992, al margen de si superaba la categoría máxima salarial 51 para la cual aportó, es intrascendente, pues, en este caso, el bono pensional no podía calcularse tomando como referencia el salario devengado. Dicho de otro modo: el incumplimiento del empleador de declarar el salario devengado, así superase el monto máximo asegurable de \$665.070, no le generó ningún perjuicio al trabajador frente al valor de las prestaciones del sistema, toda vez que el bono pensional se liquidó conforme al salario base correcto; de allí que no

exista ninguna razón para endilgarle un deber indemnizatorio a Carbones del Cerrejón. (Subraya la Corte).

(...)"

Ahora bien, teniendo en cuenta que el principal reparo que se plantea por el recurrente se fundamenta en la inaplicación de la sentencia C-734 de 2005, debe tenerse en cuenta que frente a ello, en el precedente traído a colación se señaló que si bien la Corte Constitucional, en su oportunidad, declaró la inexecutable del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, mediante la sentencia C-734 de 2005 y en sentencias de Tutela T-147, T-801, T-910, T-920 y T-1087, de 2006, reiteró que las sentencias de constitucionalidad regían hacia el futuro y por tanto no era posible aplicar de manera retroactiva la sentencia aludida, al punto que en la sentencia T – 910 de 2006, se indicó que si la persona se trasladó entre el 28 de junio de 1994 hasta el 14 de julio de 2005, tenía derecho a que el salario de referencia que sirviera de base para la determinación del bono pensional se calculara como lo establecía el literal a) del artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994, esto es, tomando en cuenta el salario devengado por el beneficiario del bono a 30 de junio de 1992, no puede pasarse por alto que la Corte Suprema de Justicia inaplica dicho precepto desde el principio, por cuanto dicha norma desde su expedición, generó dudas acerca de su constitucionalidad dada su evidente contradicción con la Ley 100 de 1993, que pretendió reglamentar, ya que el sistema de seguridad social integral fijó como norma directriz que la pensión percibida por los afiliados fuese un reflejo directo y proporcional de las cotizaciones efectivamente realizadas, procurándose que las mismas fueran financiadas con los aportes realizados por los afiliados durante su vida laboral, siendo varias las disposiciones que aludían a la forma de financiar y calcular las pensiones, tales como, los artículos 13, 18, 21 y el mismo artículo 117 de la Ley 100 de 1993, señalándose incluso que ello se ha defendido por la corporación en diferentes temas relativos a pensiones como se consigna en las sentencias CSJ SL164-2018 y CSJ SL17021-2016 y, que inclusive dicha directriz fue reiterada en el inciso 6.° del Acto Legislativo 01 de 2005, por ello, refiere que desde un inició se

suscitó un problema jurídico de incompatibilidad normativa bidimensional entre lo dispuesto en el literal a) del artículo 5.º del Decreto-Ley 1299 de 1994 y el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, siendo que este último estaba en concordancia con los principios y directrices que inspiraban el actual sistema de seguridad social y de los cuales se derivaba la regla según la cual las pensiones se financiaban con lo efectivamente cotizado

Por las anteriores razones y sin que ello significara darle efectos retroactivos al fallo C-734 de 2005, se indicó que en sentencia CSJ SL 31855 de 2009, se optó por inaplicar el literal a) del artículo 5.º del Decreto-Ley 1299 de 1994, máxime que de admitirse la tesis esta conduciría a la posibilidad de que la diferencia en el valor del bono pensional fuera sufragada directamente por la Nación con recursos públicos del presupuesto, en favor de un trabajador de altos ingresos y sin que existiera un fundamento constitucional que respaldara ese beneficio.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que no porque no se contemplen o se permita realizar cotizaciones sobre el valor total devengado cuando este supere los topes o montos máximos de cotización establecidos en la normatividad vigente, se pueda considerar que se queda desamparado y sin cobertura en los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pues precisamente, el establecimiento de los mismos, es el que permite que con posterioridad se puedan reconocer las diferentes prestaciones cuya estructuración está fundamentada en la sostenibilidad financiera del sistema. Aunado ello debe tenerse en cuenta que estos límites comportan elementos de solidaridad, tal y como se indicó por la Corte Constitucional en sentencia C- -1054 de 2004, en donde se indicó *“(...) La anterior reglamentación de la base de cotización obligatoria para pensiones y del correlativo monto futuro de las mesadas comporta elementos de solidaridad: en efecto, dado que no toda la cotización mensual se utiliza para conformar el ahorro con el que se pagará la propia*

pensión, sino que parte de ese aporte se destina a alimentar los distintos mecanismos de solidaridad del sistema (...)”.

Finalmente, respecto del precedente expedido por la Sala penal de la Corte Suprema de Justicia cuya inaplicación se reprocha, debe tenerse en cuenta que el mismo corresponde a una sentencia de tutela, es decir, que tiene efectos inter partes y que no fue expedido por la Sala de Casación Laboral, quien por sustracción de materia es quien conoce del espíritu, lineamientos y directrices con el que fueron concebidas las normas del sistema general de seguridad social y especialmente el de pensiones, por lo que este fallador se acoge al precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral desde el año 2009.

Las anteriores consideraciones a juicio de esta sala resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto consideró que no debía tenerse en cuenta para reliquidar el bono pensional el salario devengado al 30 de junio de 1992, sino aquel con el cual el empleador pagó las cotizaciones teniendo en cuenta los topes señalados en la normatividad que regulaba el ISS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARIA XIMENA MARQUEZ MUÑOZ contra EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

RADICADO: 11001 3105 003 2019 00834 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de abril de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió que se declarara que entre las partes existió un solo vínculo laboral desde el 2 de enero de 2013, respecto del cual no ha existido solución de continuidad, así como, que por haber laborado

para la demandada mas de 5 años continuos se causo el derecho al pago del quinquenio extralegal convencional y que la demandada había incurrido en retención indebida de salarios por haberse sustraído injustificadamente del pago del mismo y por tanto había obrado de mala fe, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar el quinquenio establecido en su favor, contemplado en los artículos 189 incisos 2, 3 y artículo 102 inciso 3 de las Convenciones Colectivas de Trabajo vigentes para 2012-2014 y 2015-2019 equivalente a 3 salarios básicos, debidamente indexado, a los intereses moratorios del valor del quinquenio desde la fecha en que debió ser pagado y hasta la fecha en que se verificara el pago y a un día de salario por cada día que había transcurrido desde la fecha en que la demandada le debió pagar el valor del quinquenio y hasta la fecha en que se efectuara el pago.

En sustento de sus pretensiones manifestó que la demandada la contrato a través de un contrato a término fijo de 6 meses con fecha de inicio del 2 de enero de 2013, siendo contratada para el cargo de tecnólogo operativo nivel 32; el salario actual a la presentación de la demanda ascendía a \$3.052.340; una vez ingreso a la empresa le hicieron descuentos con destino a la organización sindical SINTRAEMDES SUBDIRECTIVA BOGOTÁ y entró a pertenecer a la misma desde enero de 2013 y por tanto era beneficiaria de la convención colectiva firmada entre SINTRAEMDES SUBDIRECTIVA BOGOTÁ y la demandada; la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo se pactó por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014; vencido el término se firmó otra Convención Colectiva de Trabajo con vigencia del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2019, de la cual es beneficiaria; en ambas convenciones colectivas se pactó en favor de los trabajadores una prestación denominada quinquenio consistente en 3 salarios básicos, la cual se causaba una vez se hubiesen laborado 5 años continuos para la entidad; teniendo en cuenta que ingresó a laborar el 2 de enero de 2013 cumplió los 5 años al servicio de la demandada el 2 de enero de 2018, data para la cual devengaba un salario igual a \$2.826.240, con el cual

tenía derecho al pago del quinquenio; solicitó el pago del mismo a la demandada, no obstante, se había negado por cuanto no había laborado 5 años.

Como fundamento normativo, citó los artículos 188 y 189 de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 2012-2014 y los artículos 101 y 102 de la Convención Colectiva vigencia 2015-2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADOS DE BOGOTA EAAB – ESP, se opuso a la totalidad de las pretensiones, por cuanto entre las partes habían existido 2 relaciones laborales diferentes, pues la demandante suscribió un contrato que empezó el 2 de enero de 2013 con vigencia inicial hasta el 1° de julio de 2013, el cual se prorrogó en 5 oportunidades hasta el 30 de noviembre de 2015, el cual generó la liquidación por valor de \$10.674.171 y el segundo contrato inició el 2 de diciembre de 2015, el cual había sido prorrogado en 4 oportunidades, encontrándose con prórroga vigente hasta el 30 de noviembre de 2020, sin que en ninguna de ellas se cumplieran los requisitos para obtener la prima extralegal de quinquenio. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo debido, compensación, prescripción, buena fe de la demandada y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de abril de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante MARIA XIMENA MARQUEZ MUÑOZ y la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA EAAB E.S.P. se celebraron 2 contratos de trabajo a término fijo, de la siguiente manera: el primero a partir del 2 de enero de 2013 y hasta el 30 de noviembre de 2015 y el segundo a partir del 2 de diciembre de 2015 y que

se encontró vigente hasta el mes de junio de 2020, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.

CUARTO: SIN COSTAS NI AGENCIAS EN DERECHO en esta instancia.

QUINTO: EN caso de no ser apelada la presente providencia por la parte demandante consúltese con el Superior de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y S.S.”

Como fundamento de su decisión indicó que dada la naturaleza de la empresa demandada, la demandante tenía la condición de trabajadora oficial y en esa medida se aplican las normas contenidas en el Decreto 1083 de 2015 “Código Reglamentario único del sector de Función pública”, en lo atinente a la duración de los contratos (artículos 2.2.30.6.1, 2.2.30.6.2 “contrato por tiempo determinado” y 2.2.30.6.7 “Prórroga del contrato”), precisando que de las documentales allegadas tales como los memorandos aportados se advirtió que existieron 2 contratos a término fijo entre las partes, el primero comprendido entre el 2 de enero de 2013 y hasta el 30 de noviembre de 2015 y el segundo desde el 2 de diciembre de 2015 y por lo menos hasta junio de 2020 y que cada prórroga realizada en estos se efectuó de manera anticipada al vencimiento del contrato por lo que no operó la prórroga automática e indefinida de que trata el artículo 2.2.30.6.7, concluyendo por tanto que no existió unidad contractual en el servicio prestado por la demandante, pues a la terminación del primer contrato se procedió a realizar la liquidación definitiva del mismo y no se acreditó que la demandante hubiera dado continuidad a la prestación del servicio, precisando que no podía pasarse por alto que en el sector público la fecha de terminación de finiquitaba la relación laboral a menos que el trabajador continuara prestando los servicios con la aquiescencia del empleador, por lo que no podía restársele efectividad a la terminación realizada cuando se cumplía el periodo para el cual se suscribió el mismo y se había liquidado el contrato.

Aunando a lo anterior y respecto al pago del quinquenio convencional reclamado, se indicó que aunque no se allegó comprobante de afiliación de la demandante a la organización sindical SINTRAEMDES, la aplicación de la convención colectiva surgía por cada uno de los descuentos mensuales que se le realizaron bajo el concepto de descuento cuota sindical Sintraemdes, también se señaló que si bien las Convenciones Colectivas de Trabajo Suscritas entre la demandada y Sintraemdes vigentes en los periodos 2012-2014 y 2015-2019, contemplaban en los artículos 189 (CCT 2012-2014) y 102 (CCT 2015-2019) la liquidación proporcional del quinquenio después de cuatro años de trabajo dentro de cada quinquenio, debía tenerse presente que en el artículo 49 de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 2015-2019, se contempló un régimen de transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco años, el cual iniciaba a partir del 1° de diciembre del año dos mil 2015 y terminaba el 30 de noviembre de 2020, durante el cual se efectuaría una aplicación diferenciada de los derechos con respecto al régimen 3 de la convención colectiva en cuanto a salud, préstamo de vivienda, prima de productividad y Colegio Ramón B. Jimeno, de tal suerte que a partir del primer día del sexto año de vinculación con la empresa se tendrían todos los derechos convencionales que otorgaba el régimen 3 al trabajador, norma que se refirió debía leerse en conjunto con lo dispuesto en el artículo 50 de la misma Convención, de donde se establecía que una vez vencido el término de transición, esto es, el 30 de noviembre del año 2020, los trabajadores vinculados a través de un contrato a término fijo se beneficiarían del pago del quinquenio, lo cual quería decir que para obtener el pago del quinquenio, el trabajador debía estar vinculado a la fecha de terminación del Régimen de Transición, pues únicamente con posterioridad a la terminación del mismo, los derechos convencionales volverían a reconocerse de forma normal, de tal suerte que como la demandante no acreditó que su vinculación se hubiera extendido hasta dicha fecha, no activó los efectos de la norma convencional, ya que no acreditó que su vinculación se hubiera extendido hasta dicha fecha, pues

lo único que se logró establecer fue lo confesado por la demandante, según lo cual tenía una prórrogas hasta el mes de junio del año dos mil veinte.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante, solicitó la revocatoria de la sentencia proferida, por cuanto si bien en la decisión se trajo a colación lo expuesto en el régimen de transición debía tenerse en cuenta que la demandante ingresó a laborar a la empresa bajo la vigencia de lo consignado en la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014, la cual establecía en su artículo 78 que con el objeto de garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores, todos los contratos que suscribiera la empresa serían a término indefinido, no obstante, en el caso concreto se efectuó bajo un contrato a término fijo, pero además, mencionó que le impusieron el concurso que se le venía a dar fuerza con la convención Colectiva 2015-2019, con la que se desconocieron algunos derechos de los trabajadores que ya habían sido vinculados, y que aunque así se dio la vinculación llegando así hasta el 2015, efectuándosele prórrogas en cada una de las cuales la trabajadora siguió ejecutando el mismo cargo, nivel y funciones y así hasta la terminación del contrato, precisando que aunque la empresa podía no prorrogar el contrato y pagar la liquidación como se había efectuado, disentía de la decisión por cuanto la liquidación del contrato o el nuevo contrato que le hicieron firmar a la trabajadora no definía la desvinculación efectiva, pues estaba probado con los desprendibles de nómina que la demandante había seguido laborando en los dos días que transcurrieron entre el 30/11/2015 y el 2/12/2015 y que ello no había sido un regalo de la demandada, así mismo, mencionó que en este caso se presentó un formalismo y los formalismo frente a los hechos y la realidad no podían estar por encima, el cual consistió en firmar otro contrato inclusive estando en horas laborales, refiriendo que muchos empleadores han usado la estabilidad laboral para que se suscriba un contrato tras otro sin que la continuidad en la prestación del

servicio se hubiera interrumpido, refiriendo que en este asunto se encontraba probado que la trabajadora laboró esos días, los cuales se le pagaron y estuvo afiliada a seguridad social integral, lo que demostraba que el contrato no terminó y que lo que estaba sucediendo era que aplicando el régimen de transición que además establecía que todos los derechos y todo lo que el trabajador tuviera reconocido en convenciones anteriores no se le podría afectar y si así fuere sería ineficaz, con ese acuerdo entre empresa y sindicato acomodaron todo, pero que debía tenerse en cuenta que en este caso no efectuó la desvinculación efectiva, en consecuencia, y como la demandante había estado colaborando para la demandada durante más de 5 años continuos tenía derecho al quinquenio pues la demandante había seguido laborando hasta la presentación de la demanda, sin que tuviera alguna relevancia para la causación del mismo que para esa altura ya estuviera desvinculada de la demandada.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala procederá a establecer si entre las partes existió una única relación laboral en forma continuada e ininterrumpida desde el 2 de enero de 2013, así como, si resulta viable el pago del beneficio convencional reclamado “quinquenio” y a las demás pretensiones solicitadas derivadas de ello.

En esta instancia, como hechos no discutidos se tiene que la demandante tenía la condición de trabajadora oficial en la demandada, así como que presentó la reclamación administrativa correspondiente, suscribió dos contratos de trabajo a término fijo con la EAAB E.S.P., el primero comprendido entre el 2 de enero de 2013 y hasta el 30 de noviembre de 2015 y el segundo desde el 2 de diciembre de 2015 y hasta junio de 2020 y que la demandante se encontraba afiliada al sindicato SINTRAEMDES Subdirectiva Bogotá.

Teniendo en cuenta que el primer reparó que se plantea por el recurrente está relacionado con la modalidad de la contratación que le fue efectuada a la demandante, en tanto, se indica que de acuerdo con lo señalado en el artículo 78 de la Convención Colectiva de Trabajo para la vigencia 2012-2014, se determinó que todos los trabajadores debían ser contratados mediante contrato a término indefinido, debe tenerse presente que dicho aspecto no se cuestionó ni en las pretensiones de la demanda ni en los supuestos de hecho que le sirvieron de sustento, por lo que, no es posible analizarlo en esta instancia, en la medida que la autonomía judicial se limita a las pretensiones y hechos planteados en la demanda, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, por lo que se debe obrar en ese marco trazado por las partes, como quiera que esto es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal en el espacio jurisdiccional, tal y como lo ha señalado la C.S.J, S.C.L. en sentencia SL-440-2021.

Precisado lo anterior y toda vez que otro de los cuestionamientos se centró en señalar que la liquidación del contrato suscrita o la suscripción del nuevo contrato que le hicieron firmar a la demandante no definía su desvinculación efectiva y que estaba probado con los desprendibles de nómina que la demandante había seguido laborando en los dos días que transcurrieron entre el 30/11/2015 y el 2/12/2015, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL981-2019 Radicación No. 74084 del 20 de febrero de 2019, respecto a la unidad contractual señaló:

“(..)

En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:

“(...) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.

(...)”

Así las cosas y de conformidad con la sentencia citada, se tiene que cuando entre la celebración de contratos de trabajo, median interrupciones breves, estas deben ser consideradas como aparentes, máxime si advierte con las pruebas allegadas que la intención era dar continuidad al vínculo laboral.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que la misma Corporación ha advertido en diversos pronunciamientos que ante la suscripción de diversos contratos, los jueces deben ser muy cautelosos en el análisis de las pruebas y esforzarse a la hora de verificar una unidad contractual, real y material, pues era conocido que algunos empleadores habían adoptado dichas prácticas con el ánimo de restar antigüedad en el servicio para favorecerse por ejemplo en la liquidación de cesantía o en la potestad de dar terminado el contrato, tal y como se señaló entre otras en la sentencia SL-814-2018 radicación No. 30846 del 21 de marzo de 2018.

Descendiendo en el análisis y al verificar las documentales allegadas aunque se advierte que contrario a lo mencionado por el recurrente, respecto a que se pagaron en forma completa los días en los que existió la desvinculación, esto es, por el 1° de diciembre de 2015, ya que del comprobante de nómina expedido por el periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 2015 y el 15 de diciembre de 2015, se desprende que

se pagaron 14 días de sueldo básico (anverso fl. 53) y del comprobante de nómina expedido por el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre de 2015, se extracta que se pagaron 15 días de sueldo básico (anverso fl. 53) y aunque también se encuentra soportado que se pagó la liquidación correspondiente al primer contrato (fl. 138), pues así lo reconoce el mismo recurrente, no puede pasarse por alto que entre la terminación del primer contrato y la suscripción del segundo contrato solo transcurrió 1 día de diferencia, advirtiéndose que en ambos contratos la demandante fue contratada para desempeñar el cargo de tecnólogo operativo nivel 32 y en las dependencias de servicio al cliente, pues aunque el contrato suscrito el 2 de enero de 2013 (fl. 10-11), se indicó que la dependencia en la que se desempeñaría la trabajadora sería “DIVISIÓN SERVICIO ACUEDUCTO ZONA CUATRO” y en el contrato suscrito el 2 de diciembre de 2015 (fl. 17-18), se señaló que la dependencia sería “GERENCIA CORPORATIVA SERVICIO AL CLIENTE” en ambos contratos se estableció que las funciones propias del cargo que se contrataban correspondían a las previstas por la Gerencia General y la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente, de lo que se concluye que se trataba del mismo cargo, funciones e incluso dependencias “servicio al cliente”, sin que se advierta alguna justificación para considerar la terminación del primer contrato e iniciar una segunda vinculación diferente a la de restar antigüedad en el servicio.

Por lo anterior, se modificará el fallo de primera instancia para declarar que entre las partes existió un solo contrato de trabajo desde el 2 de enero de 2013 y hasta junio de 2020.

Ahora bien, como el recurrente también alega que resultaba procedente el pago del beneficio convencional denominado quinquenio, obrante en las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la demandada y SINTRAEMDES para las vigencias 2012-2014 y 2015-2019, señalando que si bien se determinó un régimen de transición en

la convención colectiva suscrita en la vigencia 2015-2019, señaló que todo lo que el trabajador tuviera reconocido en convención anterior no se le podría afectar y dado que había estado prestando sus servicios durante más de 5 años continuos para la demandada tenía derecho al quinquenio.

Sobre el particular, resulta pertinente acudir a las normas convencionales y para ello, lo primero que debe señalarse es que reposan en el expediente las mismas con la solemnidad requerida (texto autentico y deposito ante autoridad pertinente), advirtiéndose que en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la EAAB E.S.P. y SINTRAEMDES SUBDIRECTIVA BOGOTÁ, para la vigencia 2012-2014, el artículo 189 estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 189. LIQUIDACIÓN PROPORCIONAL DEL QUINQUENIO. *Está prestación se liquidará proporcionalmente al tiempo de servicio después de cuatro (4) años de trabajo dentro de cada quinquenio. Exceptuándose de lo anterior aquellos trabajadores cuya vinculación a la empresa terminó por causas diferentes a la muerte, declaratoria de la insubsistencia retiro voluntario o eventos pensionales.*

Para los nuevos trabajadores que ingresen a la empresa a partir del 3 de agosto de 2004 con contrato de trabajo el quinquenio tendrá las siguientes condiciones:

Quinquenios: *Tendrán derecho a quinquenios sin incidencia salarial pagaderos de la siguiente forma a los 5 años de servicio tres (3) salarios básicos, a los 10 años de servicio cuatro (4) salarios básicos, a los 15 años de servicio cuatro (4) salarios básicos, a los 20 años de servicio cuatro (4) salarios básicos y de los 25 años de servicio en adelante cuatro (4) salarios básicos.*

PARÁGRAFO: *El pago del segundo quinquenio se destinará en su totalidad a amortizar el préstamo de vivienda como abono extraordinario capital de los trabajadores que se hayan beneficiado del mismo, y en caso de no tener préstamo de vivienda, este será la libre disposición del trabajador.”*

Por su parte la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la EAAB E.S.P. y SINTRAEMDES SUBDIRECTIVA BOGOTÁ, para la vigencia 2015-2019, consagró en los artículos 49, 50 y 102 lo siguiente:

“ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *La empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMDES subdirectiva Bogotá, acuerdan crear un régimen de transición para la vinculación de personal por un período de cinco (5) años. el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, para facilitar*

el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAAB-ESP. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos con respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de productividad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos convencionales que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego del cual seguirá vinculado con las condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente. (Acta de acuerdo No. 7 de 2015).

ARTICULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA. *La EAAB-ESP y SINTRAEMDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el período de transición.*

PARÁGRAFO: *Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la convención colectiva de trabajo en los términos anteriores que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda becas de Educación formal y quinquenio.*

(...)

“ARTÍCULO 102. LIQUIDACIÓN PROPORCIONAL DEL QUINQUENIO. *Está prestación se liquidará proporcionalmente al tiempo de servicio después de cuatro (4) años de trabajo dentro de cada quinquenio. Exceptuándose de lo anterior aquellos trabajadores cuya vinculación a la empresa terminé por causas diferentes a la muerte, declaratoria de la insubsistencia retiro voluntario o eventos pensionales.*

Para los nuevos trabajadores que ingresen a la empresa a partir del 3 de agosto de 2004 con contrato de trabajo el quinquenio tendrá las siguientes condiciones:

Quinquenios: *Tendrán derecho a quinquenios sin incidencia salarial pagaderos de la siguiente forma a los 5 años de servicio tres (3) salarios básicos, a los 10 años de servicio cuatro (4) salarios básicos, a los 15 años de servicio cuatro (4) salarios básicos, a los 20 años de servicio cuatro (4) salarios básicos y de los 25 años de servicio en adelante cuatro (4) salarios básicos.*

PARÁGRAFO: *El pago del segundo quinquenio se destinará en su totalidad a amortizar el préstamo de vivienda como abono extraordinario capital de los trabajadores que se hayan beneficiado del mismo, y en caso de no tener préstamo de vivienda, este será la libre disposición del trabajador. (Artículo 189 – Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 105 y CCT 2008-2011 art. 167)”*

De las normas antes transcritas se desprende que el régimen de transición establecido es para la vinculación de nuevo personal, bien sea mediante contrato a término indefinido o para personal que fuera vinculado mediante contrato a término fijo y labor contratada, pues si bien respecto a los contratos a término fijo se hace alusión a trabajadores vinculados y no específicamente respecto de nuevo personal, no puede pasarse por alto que en el artículo 1 de la convención colectiva analizada se indicó *“las partes acuerdan que en relación con las Convenciones Colectivas de Trabajo cualquier interpretación que directa o indirectamente desmejore los derechos adquiridos de los trabajadores de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. en Convenciones Colectivas anteriores, será ineficaz y no surtirá ningún efecto frente a los beneficiarios. En consecuencia, quedaran vigentes las cláusulas convencionales mas favorables para los trabajadores y la empresa se compromete a dar cumplimiento al principio de favorabilidad”*, por lo que como la vinculación laboral de la señora MARQUEZ MUÑOZ con la demandada sucedió con anterioridad a la suscripción de la convención colectiva para la vigencia 2015-2019, es decir, que se encontraba vigente la CCT 2012-2014, resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 189 de la misma, el cual se reprodujo en el artículo 102 de la Convención Colectiva vigente para el 2015-2019 (pero sin la aplicación del régimen de transición).

Así las cosas y toda vez que la actora devengaba para el año 2018 (año en que se cumplía el primer quinquenio) un salario básico ascendente a \$2.826.240 conforme se desprende de los comprobantes de nómina visibles a folios 66 a 71 del expediente, y toda vez que el mencionado beneficio convencional se concretaba en el pago de 3 salarios básicos, efectuadas las operaciones aritméticas se tiene que la demandante tiene derecho que se le reconozca la suma de \$8.478.720, debidamente indexada.

Frente al pago de intereses moratorios reclamados, debe tenerse en cuenta que en los únicos casos en que la ley laboral considera el pago de intereses moratorios, es por el no pago de salarios y prestaciones sociales por parte del empleador al trabajador a la terminación del contrato (artículo 65 del C.S.T.) o cuando no se pagan oportunamente las mesadas pensionales y el obligado es el fondo de pensiones (artículo 141 de la Ley 100 de 1993), por lo que al no encontrarnos bajo estos escenarios los mismos no resultan procedentes.

Asimismo, respecto al pago de la indemnización moratoria que se reclama a título de un día de salario por cada día de retardo trascurrido desde la fecha en que se debió pagar el valor del quinquenio y hasta cuando se pagara el mismo, debe advertirse que las indemnizaciones moratorias que contempla la normativa laboral, se contraen a la indemnización moratoria por no consignación de cesantías contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que se advierta que la indemnización reclamada se trate de alguna de estas, debiéndose señalar que en todo caso y en gracia de discusión si lo que se solicitare fuera la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., debe tenerse en cuenta que la misma procede cuando a la terminación del contrato se adeuda el pago de salarios o prestaciones, no obstante, en ese asunto se desconoce cuando terminó la relación laboral, en la medida en que para la fecha de la contestación de la demanda (20 febrero 2020) la demandante aún se encontraba vinculada laboralmente con la demandada y con una prórroga vigente hasta el 30 de junio de 2020, razón por la cual tampoco resultaría procedente su pago.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de abril de 2021 y, en su lugar, declarar que entre las partes, esto es, entre MARIA XIMENA MARQUEZ MUÑOZ y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA EAAB E.S.P. existió un contrato de trabajo desde el 2 de enero de 2013 que se encontró vigente hasta el mes de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de abril de 2021 y, en su lugar, declarar que la demandante MARIA XIMENA MARQUEZ MUÑOZ tiene derecho al pago del quinquenio causado en el año 2018, conforme las razones expuestas.

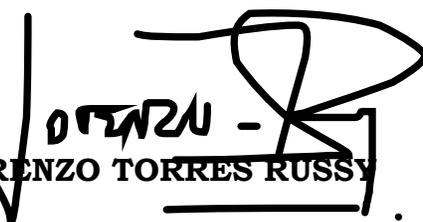
TERCERO: REVOCAR el numeral 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de abril de 2021 y, en su lugar, condenar a la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB – ESP a pagar a favor de la demandante MARIA XIMENA MARQUEZ MUÑOZ, el quinquenio causado en el año 2018, por valor de \$8.478.720, suma que se ordena pagar debidamente indexada.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: Sin costas en esta instancia

Esta decisión se notificará por edicto.

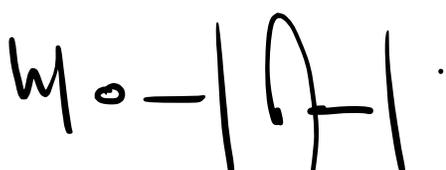
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por JOSE IGNACIO OSPINA ACEVEDO contra HOMBRESOLO S.A.

RADICADO: 11001 3105 019 2015 00546 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de HOMBRESOLO S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de abril de 2014 al 5 de mayo de 2015, que recibía bonificaciones de desempeño por el cumplimiento de metas, qué el demandado incumplió su obligación de

pago de salarios en la oportunidad señalada en el contrato, que se pagaron con tardanza los meses de abril, junio, julio, agosto, septiembre octubre, noviembre y diciembre 2014 y los meses de enero, febrero y marzo de 2015, que no se le han cancelado los salarios de abril y mayo de 2015, que el contrato fue terminado por justa causa imputable al empleador y no se le ha cancelado la liquidación final de prestaciones sociales, así como tampoco, se le ha realizado la consignación al fondo de las cesantías del año 2014, no se le ha cancelado la indemnización por terminación unilateral del contrato, que no fue afiliado a las entidades de seguridad social oportunamente y no tiene completo sus aportes a pensión durante la vigencia del vínculo, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de la sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, a la indemnización moratoria por no consignación de cesantías, a realizar el rejuete en la seguridad social por los elementos adeudados, a la sanción moratoria por no pago oportuno de seguridad social, a la indemnización por terminación unilateral del contrato, a las costas del proceso y a lo que resulte de las facultades ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que celebró contrato a término indefinido con la demandada el 7 de abril de 2014, para el cargo de director proyectos entidades financieras, con una remuneración establecida de \$3.000.000; jamás tuvo un proceso disciplinario o llamado de atención; la demandada de manera sistemática incumplió con el pago oportuno de salarios; no se cancelaron las cesantías causadas por el año 2014; no se realizaron los pagos a seguridad social y pensiones, constituyéndose en mora; ante el incumplimiento de la empresa se vio en la obligación de dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa imputable al empleador el 5 de mayo 2015; que el 7 de mayo 2015, mediante comunicación expedida por la demandada, le fue aceptada la terminación más no los motivos expuestos y adicionalmente en dicha misiva la demandada reconoce que ha tenido retrasos con los pagos y no obstante se considera la terminación como unilateral y voluntaria del trabajador y se señala que las prestaciones sociales y liquidación serían canceladas una vez se cumplieran los procedimientos administrativos para tal fin; no obstante, no se le ha cancelado la liquidación final de

prestaciones sociales, ni la indemnización por terminación del contrato, ni han cancelados los salarios correspondientes a los meses de abril y mayo de 2015.

Como fundamento normativo, citó los artículos 83 y 95 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 43, 55, 59, 57, 61, 62, 64, 65 y 127 del Código Sustantivo del Trabajo y el Convenio 1949 de la OIT. Asimismo, trajo a colación las sentencias C -397 de 2006 y C-892 de 2009 de la Corte Constitucional, así como las sentencias de radicación No. 32657 de 2009 y 36182 de 2013, expedidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

HOMBRESOLO S.A., presentó contestación como aparece a folios 100-125, en donde señaló que no existía objeción frente a que con el demandante se había suscrito un contrato de trabajo a término indefinido el 7 abril de 2014, tampoco había objeción respecto al cargo desempeñado como Director de Proyectos – Entidades Financieras, ni respecto a la remuneración pactada \$3.000.000, no obstante, frente al pago de bonificaciones indicó que no existía fundamento fáctico o probatorio que lo fundamentara ya que al demandante se le pagó y se le reconoció lo que efectivamente se había causado dentro de la ejecución de la relación laboral. Agrega la demandada ante el pago inoportuno de la remuneración pactada que la empresa atravesaba una condición económica complicada que se había extendido desde el año 2014 en adelante, lo que suscitó que se solicitará un trámite de restructuración de qué trata la ley 1116 del año 2016 ante la superintendencia de sociedades , en solicitud realizada el 6 de julio de 2015 y siendo efectivamente admitido dicho trámite mediante auto del 23 de septiembre de 2015, de tal suerte que la precaria situación económica no le permitía dar cumplimiento oportuno de sus obligaciones laborales, sin embargo nunca se sustrajo de su obligación y pago al demandante las acreencias laborales debidamente causadas, señalando que el no pago de las acreencias inclusive los salarios, prestaciones sociales y pagos de aportes al sistema de seguridad social

causados por el actor, no sé debían a una conducta represiva o de mala fe, sino a la penosa y angustiante situación económica por la que atravesaba la empresa, destacando respecto al pago de los salarios y prestaciones sociales reclamadas que habían sido pagados por el empleador y estaban reconocidos dentro de la liquidación de prestaciones sociales suscrita por el demandante que había sido reportada ante la superintendencia de sociedades, mencionando que el pago de las mismas se haría en la oportunidad definida dentro del proceso de reorganización empresarial. Tratándose de la terminación del contrato, señaló la demandada que si bien terminó el 7 de mayo de 2015, ello acaeció por renuncia voluntaria del trabajador. Finalmente, frente a las indemnizaciones reclamadas además de lo ya mencionado enfatizó que no existía mala fe en sus actuaciones, pues se había ajustado al trámite legal establecido en la Ley 1116 de 2006, incluyendo al demandante por lo que las obligaciones serían pagadas en los términos y condiciones fijadas en igualdad de condiciones para todos los acreedores de HOMBRESOLO S.A. dentro del acuerdo de reorganización aprobado por la Superintendencia de Sociedades.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de febrero de 2021, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JOSÉ IGNACIO OSPINA ACEVEDO identificado con c.c. No. 79528071 y HOMBRESOLO S.A. identificado con NIT 800 224-238-1 en liquidación existió una relación laboral vigente entre el 7 de abril de 2014 hasta el 7 de mayo de 2015, mediante un contrato a término indefinido desempeñando como último cargo el de director Regional de proyecto-entidades financieras con una remuneración de \$3.000.000 conforme a la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada HOMBRESOLO S.A. de NIT 800224238-1 en liquidación a pagar en favor del demandante JOSÉ IGNACIO OSPINA ACEVEDO de C.C. No. 79.528.071 las siguientes sumas:

- \$700.000 pesos por concepto de salario correspondiente a 7 días del mes de mayo de 2015.
- 3.258.333 por concepto de cesantías causadas por la totalidad de la relación laboral.
- \$44.802 por concepto de fracción de intereses a las cesantías del año 2015.
- \$1.058.333 por concepto de fracción de prima de servicios del año 2015.
- \$3.160.000 por concepto de indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T. despido sin justa causa.

- \$8.300.000 por concepto de sanción moratoria por la no consignación de cesantías a un fondo de cesantías que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990.
- La suma de \$100.000 diarios desde el 8 de mayo de 2015 hasta por 24 meses y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera sobre las sumas que aquí resultaron adeudadas y hasta la fecha en la que la demandada pague esta obligación por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del código sustantivo del trabajo.

Lo anterior conforme a la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la demandada HOMBRESOLO S.A. en liquidación y no probadas las demás conforme a lo motivado.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante JOSÉ IGNACIO OSPINA ACEVEDO.

QUINTO: CONDENAR al demandado HOMBRESOLO S.A. en liquidación con NIT 800224238-1 en las costas a favor del demandante Señor JOSÉ IGNACIO OSPINA ACEVEDO y se ordena que sean liquidadas por la secretaria del despacho.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que no existía controversia respecto al vínculo laboral sostenido entre las partes, los extremos, cargo y salario recibido, por cuanto habían sido aceptados por la demandada y de ello daban cuenta las documentales aportadas, así como daban cuenta del pago de los salarios entre abril de 2014 y julio de 2015, lo cual también acontecía con los intereses cesantías que se causaron del año 2014, el pago de las primas de servicio de junio y diciembre de 2014, así como que la demandada afilío al demandante al sistema general de seguridad social y efectuó las cotizaciones correspondientes, por lo que frente a estos se absolvió a la pasiva.

No obstante, respecto se indicó que no ocurrió lo mismo con los 7 días de salario reclamados de mayo de 2015, las cesantías causadas del año 2014, así como, la fracción de las cesantías, intereses a las cesantías y la prima de Servicios del año 2015, ya que no se encontró prueba por parte de la entidad demandada que se hubiese realizado el pago correspondiente pues aunque los mismos fueron incluidos en la liquidación que se encuentra suscrita por el demandante y fue incluida dentro del proyecto de graduación de crédito dentro del proceso de reorganización que se adelantó al interior de la entidad demandada, lo cierto era que no se demostró que se hubiese efectuado el pago correspondiente de la liquidación final del contrato, en consecuencia, se

condenó al pago de siete días del mes de mayo de 2015, cesantías por toda la relación laboral, fracción de intereses a las cesantías de 2015 y fracción de primas de servicios de 2015.

Respecto a la indemnización por despido indirecto, accedió a la misma en tanto se encontró debidamente acreditada la causa alegada por el demandante, pues al comparar los desprendidos de nómina con la fecha consignación efectiva de los salarios de los meses de junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2014 y de enero, febrero y marzo de 2015, se advirtió que la demanda cancelaba los salarios al trabajador pasado más de quince días del mes siguiente, constituyendo una situación sistemática, reiterativa y de peso para renunciar, sin que fuera válido el proceso de reorganización ya que este fue posterior, en tanto que fue admitido cuando el demandante ya se había desvinculado; frente a la indemnización moratoria por no consignación de cesantías Art. 99 L.50/90 accedió a la misma en la medida que el actuar de la demandada no estaba revestido de buena fe, pues las cesantías de 2014 debieron consignarse al 15 de febrero de 2015 y ello no se realizó y si bien la cesantía fue incluida en la liquidación y dentro del proceso de reorganización, ya que la terminación del contrato se efectuó el 7 de mayo de 2015 y la admisión del proceso de reorganización se realizó dos meses después; en relación a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. se menciona que no se encontró que el actuar de la demandada estuviera revestido de buena fe, por cuanto no existió un motivo justificado para el no pago de las acreencias en la liquidación, pues aunque las mismas estaban incluidas en la liquidación y obraban en el proceso de reorganización conforme al art.28 del C.S.T. el trabajador no tenía por qué soportar las pérdidas de la empresa y como quiera que la demandada no había demostrado que se hubiese realizado ese pago estimo procedente el mismo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada solicito la revocatoria de la sentencia en lo atinente a las condenas realizadas por concepto de indemnización

por despido e indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías y por no pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, pues en lo atinente a las acreencias laborales las mismas se encuentran contenidas en la liquidación que se había aportado con la contestación de la demanda y se encontraban reconocidas dentro del proceso de reorganización.

Frente a la indemnización por despido, señaló que se había pasado por alto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual había manifestado que si bien puede existir un incumplimiento del empleador y ser motivo de la renuncia del trabajador, no se trataba de cualquier incumplimiento sino de un incumplimiento grave de sus obligaciones laborales que cause un verdadero perjuicio al trabajador, lo cual no se evidenciaba en el caso bajo análisis pues el incumplimiento en el pago era de 8, 10 y 15 días y solo en muy pocos casos se extendía más del mes, además, refirió que siempre se trato de pagar dentro de las posibilidades económicas de la empresa, además debía tenerse en cuenta que eran actividades o acreencias que eran anteriores a la solicitud de reorganización, porque no tendría razón de ser que fueran posteriores o que fueran al tiempo, dado que precisamente se creaban estos mecanismos comerciales para poder reorganizar una empresa y volver a tomar un flujo económico y poder seguir trabajado que era la razón principal de la Ley de reorganización empresarial.

Respecto a las indemnizaciones moratorias, manifestó que la única forma de poder garantizar el pago de las acreencias debidas era que se hubieren causado con anterioridad al proceso de reorganización, dado que las causales dentro de dicho proceso establecían que con anterioridad a la solicitud de reorganización existiera una verdadera crisis económica, que obligara a entrar en este tipo de procesos, de igual forma, trajo a colación la sentencia de radicación No. 3788 de 2012, en donde se indicó que para poder alegar la buena fe debía tratarse de hechos anteriores a la solicitud del proceso concursal y que el trabajador hubiese sido reportado dentro de los acreedores para así garantizar su pago, lo cual refirió fue efectivamente acreditado en el proceso, ya que no solamente se

solicitó la reorganización empresarial, sino que además acreditó que el trabajador fue incluido dentro del proceso de reorganización como un acreedor y luego pasó a ser un acreedor dentro del proceso de liquidación, enfatizando que lo que hizo el demandando al entrar en este procesos era garantizar que al trabajador se le hiciera un reconocimiento de las obligaciones, sin que en ningún momento hubiera querido abstraerse del cumplimiento de las mismas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta viable el reconocimiento de la indemnización por despido injusto y de las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías y por no pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato en favor del demandante.

Como hechos no debatidos en esta instancia, se tiene que entre el señor JOSE IGNACIO OSPINA ACEVEDO y la empresa HOMBRESOLO S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 7 de abril de 2014 y el 7 de mayo de 2015, en el que se desempeño como Director de proyectos entidades financieras y cuyo salario ascendía a \$3.000.000, así como que el demandando adeuda al demandante 7 días de salario de mayo de 2015, cesantías por toda la relación laboral, fracción de intereses a las cesantías de 2015 y fracción de primas de servicios de 2015, dado que fueron aspectos aceptados por la demandada y que además se acreditaron con la documental allegada.

Precisado lo anterior y como quiera que el primer reparo que se presenta recae respecto de la condena efectuada con ocasión del despido indirecto, esto es, la indemnización por despido injusto, conviene recordar que sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia SL417-2021 radicación No. 71672 del 27 de enero de 2021 señaló:

“(…)

En todo caso, es oportuno señalar que la Sala ha adoctrinado que quien alega un despido indirecto debe demostrar la terminación unilateral del contrato, que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión (CSJ SL4691-2018, CSJ SL13681-2016, CSJ SL3288-2018, CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 41490 entre otras). En esta última providencia referida se indicó:

Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272).

(...)

De conformidad con el precedente citado primero se analizará si encuentra acreditada la terminación unilateral realizada por el trabajador, para luego entrar a verificar si los hechos aducidos si ocurrieron, así se tiene que a folios 24 y 25 del expediente reposa carta de terminación del contrato con recibido del 5 de mayo de 2015, en la que se señaló:

(...)

Por medio de la presente me permito comunicarle que a partir del 7 de mayo de 2015, he decidido dar por terminado el contrato de trabajo suscrito con Hombresolo S.A. desde el 7 de abril de 2014, por justa causa imputable a la empresa.

Se fundamenta esta decisión en concordancia con lo establecido en el “numeral 4 del artículo 57 del código sustantivo del trabajo” y en la cláusula 6ta del contrato de trabajo suscrito con Hombresolo; las causales en mención se basan en los siguientes hechos:

La empresa a venido incumpliendo de manera continua (ver cuadro), la obligación que le asiste de pagarme el salario, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y cesantías en las condiciones y periodos convenidos en el contrato, lo cual me ha perjudicado a mí y a mi familia de diversas maneras en los últimos meses.

Cómo evidencia de ello se menciona lo siguiente:

- *Durante los últimos 12 meses que llevo laborando con Hombresolo S.A. solo en el mes de mayo en el mes de septiembre de 2014, se cumplió con el pago del salario en los términos acordados en el contrato, en los restantes de 10 meses se ha presentado incumplimiento en el pago del salario,*

incumplimiento que inclusive ha llegado en un mes hasta los 42 días de retraso.

A su vez el pago a pensión y parafiscales también ha presentado retrasos en los últimos meses (...)”

Ahora y si bien se aprecia que ante dicho comunicado la demandada dio respuesta a mediante comunicación del 7 de mayo de 2015, visible a folio 26, en la que entre otras cosas se indicó “*Si bien es cierto hemos presentado algunos retrasos en los pagos de salarios y seguridad social en mención a esta situación, fue puesta en conocimiento de los trabajadores de la compañía y tiene su origen en una difícil situación económica que atravesamos pero no por ello Hombresolo S.A. se ha sustraído el cumplimiento de las obligaciones laborales que tiene con sus colaboradores*” y acto seguido indicó “*Por lo anterior entendemos que la decisión de terminación del contrato de trabajo de su parte obedece una determinación unilateral y voluntaria de su parte en la cual nada tiene que ver Hombresolo S.A. ni aplica a dicha indemnización expuesta por usted.*”, de la que se colige que incluso existe un reconocimiento inicial frente al retraso en el pago de salarios y aportes al sistema de seguridad social, y luego de revisar los comprobantes de nómina y los soportes de transferencia y/o consignación allegados (fl. 137-170), se advierte como lo señala el a quo en los meses de junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre de 2014 y en enero, febrero y marzo de 2015, la demandada canceló los salarios al trabajador pasado más de quince días del mes siguiente e incluso tampoco se pagaron oportunamente las prestaciones sociales pues se encuentra acreditado que no se consignó la cesantía causada del año 2014.

En ese orden de ideas y aunque el demandado refirió que el incumplimiento en el pago no se trataba de incumplimiento grave de las obligaciones laborales que causara un verdadero perjuicio al trabajador, ya que el retraso en el pago se daba de, 8, 10 y 15 días y en muy pocos casos se extendía más del mes y que la empresa siempre trato de pagar dentro de sus posibilidades económicas, debe tenerse en cuenta que la situación con el pago de los salarios no fue un hecho aislado sino regular, periódico y/o continuo de una parte y de otra si reviste una magnitud que

implica el incumplimiento grave como quiera que se trata de la infracción de la principal obligación del empleador “pagar el salario como contraprestación de los servicios prestados” que a su turno es el que le permite garantizar al trabajador su subsistencia y la de su familia, por lo que su pago inoportuno impide estabilidad económica.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que independientemente de la crisis económica que podía estar atravesando la empresa y el proceso de reorganización que se vivía en la misma, ello no justifica el no pago oportuno de los salarios dado el carácter no solo de derecho mínimo en materia laboral sino protegido por la jurisdicción constitucional tal y como se ha indicado entre otros en la sentencia SU-995 de 1999, en donde se señaló *“Es necesario precisar que la falta de presupuesto de la administración, o la insolvencia del empleador particular, como motivo para pagar oportunamente los salarios, no constituye razón suficiente para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el bienestar de sus trabajadores y familias”*.

En consecuencia, al no constituir una justificación válida, es claro que se estructuraba la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo establecida en favor del trabajador en el numeral 6 del literal b del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 y por tanto se confirmara la decisión del a quo.

Ahora bien, tratándose de las indemnizaciones moratorias debe tenerse en cuenta que el demandado aduce que operó la buena fe en las actuaciones de su representada en la medida en que para garantizar el pago de las acreencias del demandante ante la crisis económica de la empresa, pues no solamente se solicitó la reorganización empresarial, sino que además acreditó que el trabajador fue incluido dentro del proceso de reorganización como un acreedor y luego pasó a ser un acreedor dentro del proceso de liquidación, al respecto, lo primero que debe señalarse es que en efecto se allegó solicitud de proceso de insolvencia radicada por la demandada ante la Superintendencia de Sociedades el 6 de julio de 2015 (fl. 186-188) y Auto de admisión en el

proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006, expedido por la Superintendencia de Sociedades el 23 de septiembre de 2015 (fl. 192 a 196), en donde en el numeral 9 del resuelve se indicó “*Ordenar al deudor a abstenerse de realizar sin autorización de este Despacho, enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones sobre bienes del deudor, **ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones**, ni adoptar reformas estatutarias ni en general adelantar operaciones societarias o contractuales que supongan erogaciones reales o potenciales a cargo de la entidad*” (Subrayas y negrita fuera de texto) así mismo, en el numeral 11° se ordenó que se presentara el proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto dentro de los 2 meses siguientes a la firmeza de dicha providencia y luego en el numeral 17° que se informara a todos los acreedores la fecha de inicio del proceso de reorganización.

Así las cosas, a efectos de valorar la buena fe aducida, lo primero que se analizara es si en efecto como lo sostiene el demandado, la liquidación final de prestaciones sociales fue contemplada y el demandante considerado como acreedor dentro del proceso de reorganización, para el efectos se advierte que a folio 183 del expediente reposa la liquidación de prestaciones sociales por valor de \$6.875650 y la misma presenta la siguiente anotación fechada del 12 de agosto de 2015 “*No se está conforme con la presente liquidación, porque no incluye la indemnización, dado que fue una renuncia motivada, queda sentado también que no hay ningún compromiso o fecha de pago de la presente liquidación por parte de Hombresolo S.A.*” y si bien a folio 185 obra lo que parece ser un cuadro en Excel denominado “PROYECTO DE CALIFICACIÓN Y GRADUACIÓN DE CREDITO” en el que en el recuadro final se contempla al demandante con una obligación laboral de primera clase por valor de \$6.875.650, dicha documental carece de firma que permita inferir que en efecto fue expedida por la demandada y contemplada dentro del proceso de reorganización.

Aunado a ello, al valorar el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, se tiene que al preguntársele si el mismo fue llamado a ser

parte dentro del proceso de reorganización indicó que no, sobre el particular el apoderado del demandante mencionó que no fueron parte porque entre otras cosas la notificación de la demanda fue previa al inicio del proceso y no fueron llamados, al respecto el apoderado de la demandada indicó que era correcto lo señalado, no obstante, desde el proceso de reorganización el demandante fue reconocido dentro de los acreedores de HOMBRESOLO S.A. dentro de aquel proceso de reorganización y al haberse pasado a un proceso de liquidación quedaba inmediatamente por ley reconocido como acreedor de la liquidación.

Como se observa, aunque se indicó que el demandante estuvo considerado como acreedor dentro del proceso de reorganización y luego dentro de la liquidación, no existe soporte de ello, ni del estado de la reorganización o posible liquidación de la empresa pues diferente a las documentales que fueron mencionadas no se allegó nada más, es decir, no se cuenta con el acuerdo de reorganización que pudo haberse suscrito y de cuyo contenido pudo haberse advertido los créditos reconocidos en favor del demandante, pues de acuerdo con lo señalado en el artículo 34 de la Ley 1116 de 2006, “las estipulaciones del acuerdo deberán tener carácter general, en forma que no quede excluido ningún crédito reconocido o admitido, y respetarán para efectos del pago, la prelación, los privilegios y preferencias establecidas en la ley”, siendo claro además que en la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, frente a los créditos, el artículo 25 ibidem, señala:

“ARTÍCULO 25. CRÉDITOS. *Los créditos a cargo del deudor deben ser relacionados precisando quiénes son los acreedores titulares y su lugar de notificación, discriminando cuál es la cuantía del capital y cuáles son las tasas de interés, expresadas en términos efectivos anuales, correspondientes a todas las acreencias causadas u originadas con anterioridad a la fecha de inicio del proceso.*

Los créditos litigiosos y las acreencias condicionales, quedarán sujetos a los términos previstos en el acuerdo, en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación legal, así como a las resultas correspondientes al cumplimiento de la condición o de la sentencia o laudo respectivo. En el entretanto, el deudor constituirá una provisión contable para atender su pago.

Los fallos de cualquier naturaleza proferidos con posterioridad a la firma del acuerdo, por motivo de obligaciones objeto del proceso de reorganización, no constituyen gastos de administración y serán pagados en los términos previstos en el mismo para los de su misma clase y prelación legal. En el evento de estar cancelados los de su categoría, procederá su pago, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo.”

Así las cosas, y dado que al revisar el expediente, se evidenció que en efecto la demanda fue presentada el 3 de julio de 2015, esto es, antes de que se presentara la solicitud de proceso de insolvencia por la demandada ante la Superintendencia de Sociedades (6 de julio de 2015) y toda vez que contrario a lo sostenido por el recurrente no se acreditó que el demandante hubiese sido parte en el proceso de reorganización y posterior liquidación, a efectos de vislumbrar la buena fe no es posible acoger el mismo.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia, SL3291-2021 radicación No. 74756 del 7 de julio de 2021, tratándose de la indemnización moratoria en empresa o entidad en proceso de liquidación, señaló lo siguiente:

“(…)

Frente al argumento del Tribunal relativo a que el proceso liquidatorio de la entidad, es un motivo para exonerar a la convocada al proceso de la indemnización moratoria, basta recordar que esta Sala, ha señalado «que el hecho de que una empresa entre en estado de liquidación, no es una circunstancia que automáticamente la coloque en situación de buena fe, y como consecuencia, la releve de ser condenada a la indemnización moratoria» (CSJ SL2809-2019), ello por cuanto:

El estado de liquidación del ISS, ocurrido por el Decreto 2013 de 2012, siguió con la regla general de esa situación, en cuanto le prohibió iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, manteniendo su capacidad jurídica únicamente para expedir actos, realizar operaciones y celebrar contratos necesarios para su proceso de liquidación (art. 3º), pero no dijo, y no podía decirlo, que algunos de los derechos laborales de sus trabajadores oficiales quedaban eliminados o incluso suspendidos, pues tales derechos siguen teniendo plena aplicación mientras subsista el contrato de trabajo y la empresa continúe con esa capacidad jurídica.

(…)”

En ese orden de ideas, y por analogía lo mismo aplica bien se trate del proceso de reorganización y/o posterior liquidación y dado que el hecho que una empresa entre en estado de reorganización y/o liquidación no es una circunstancia que automáticamente la coloque en una situación de buena fe, se deberá analizar conforme a las pruebas debidamente aportadas si la conducta desplegada por HOMBRESOLO S.A., respecto al

no pago de salarios y prestaciones sociales y no consignación de cesantías tiene una explicación atendible.

Descendiendo en el análisis de las pruebas allegadas, se evidenció que en la solicitud de iniciación del proceso de insolvencia que presentó la demandada, se indicó en el numeral 3 del acápite de antecedentes “La sociedad tuvo hasta el año 2012 un desempeño satisfactorio, año en el cual se inició un proceso de deterioro de sus negocios, explicado ampliamente en el anexo denominado “Hombresolo S.A. – Situación actual” que se acompaña al presente escrito.”, aspecto que resulta trascendental ya que de conformidad con lo reconocido por el mismo demandante y las documentales allegadas al proceso por las partes dan cuenta que el contrato de trabajo a término indefinido se suscribió el 7 de abril de 2014, es decir, cuando ya desde hacía tiempo se había iniciado un proceso de deterioro, aspecto que iría en contravía de lo que un empleador diligente debe hacer para manejar las crisis económicas, pues en estos escenarios se debe optar por reestructuraciones a efectos de mantener el personal que efectivamente se pudiera pagar y así evitar mayores perjuicios, sin embargo, este tipo de medidas no se evidenciaron, es más, casi desde el inicio de la vinculación, se advirtió que el empleador empezó a presentar inoportunidad en el pago de los salarios, por lo que mantener la vinculación a sabiendas de la situación de la compañía a juicio de esta sala no deja entrever buena fe, nótese que el artículo 28 del C.S.T. establece que “El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”, lo que apunta a que debe estar preparado para el manejo de crisis económicas y ser diligente en el mismo a efectos de evitar que ello pueda acarrear consecuencias para sus trabajadores.

Por las razones anteriores, se procederá a confirmar las indemnizaciones moratorias impuestas por el aquo, toda vez, que no se encontraron acreditadas razones atendibles para que el empleador se sustrajera de cumplir con las obligaciones que le asistían en forma previa y al momento de la terminación de la relación laboral, precisando que como de las intervenciones realizadas por las partes en las audiencias,

especialmente de lo indicado por apoderado de la demandada, respecto a que su representada ya se encontraba en proceso de liquidación, debe precisarse que la indemnización moratoria por no pago de salarios y/o prestaciones sociales se contabilizará hasta el momento en que se realice el pago o se dé la liquidación definitiva de la entidad, pues en adelante existiría una imposibilidad jurídica de cumplir que impide su ejecución, tal y como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL194-2019, radicación No. 71154, razón por la cual se modificará el numeral 2° de la sentencia en el sentido de realizar la precisión antes mencionada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de febrero de 2021, bajo el entendido que la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. correrá hasta la fecha de liquidación definitiva de HOMBRESOLO S.A. si esta hubiere ocurrido con anterioridad a los 24 meses señalados por el juez de instancia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por RIEGOS PROFESIONALES COLMENSA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA contra LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. hoy COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

RADICADO: 11001 3105 037 2019 00356 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

PROVIDENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada del demandado LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. hoy COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., contra el auto proferido por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de noviembre de 2020, mediante el cual se denegó la nulidad reclamada.

En esta instancia se recibieron los alegatos allegados por el apoderado de COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., en los cuales señaló que como quiera que los trabajadores estuvieron afiliados a otras ARL, además de a Colmena y Liberty, era necesario determinar si tenían la obligación de reintegrarle a Colmena S.A. una parte proporcional y que

por esta razón, se presentaba un litis consorcio necesario, pues era indispensable determinar el porcentaje que le correspondía a cada una de las ARL involucradas, destacando que cuando se integraba un litis consorcio necesario se desconocía si sus miembros tendrían o no una obligación o un derecho reconocido en la sentencia, de lo contrario, la constitución de un litis consorcio necesario implicaría un prejuzgamiento y que se integraba el litis consorcio necesario porque era posible que se reconociera ese derecho o esa obligación y no era viable dirimir el conflicto sin que sus derechos se afectaran, igualmente indicó que la norma aplicable al caso era el artículo 1° de la Ley 776 de 2002, y que con base en dicha norma si Colmena cumplía con la carga de probar los supuestos de hecho de su derecho, tenía el derecho de repetir proporcionalmente contra otras administradoras de riesgos profesionales, según la exposición al riesgo que hubiese tenido el trabajador en las diferentes administradoras, por lo que si existían otras ARL involucradas, y de ello había prueba, todas esas ARL debían ser parte en el proceso y con su presencia se debía dirimir si tenían o no una obligación de reembolso, arguyendo que si se negaba la constitución del litis consorcio, a sabiendas de que existían otras administradoras involucradas, podía incurrirse en la ilegalidad y la injusticia de no exigirles la repetición a quienes están obligadas a hacerlo, refiriendo que COLMENA no podía pretender ejercer la acción de recobro por la totalidad del saldo pagado en contra de Bolívar, desconociendo las obligaciones que posiblemente surgían para otras ARL, o iniciar acciones individuales contra cada ARL, pues no había claridad sobre los periodos en los que estuvieron afiliados los trabajadores a las ARL, en relación con la exposición al riesgo, de manera que la disposición del derecho le debía corresponder a cada ARL y no debe recaer en Bolívar. Finalmente, señala que un cuadro relativo a cada uno de los trabajadores, se acompañaba con el escrito de alegaciones y también documentos (certificaciones y correos electrónicos) que daban cuenta de que otras ARL estaban obligadas y de las gestiones hechas por Bolívar para obtener esta información, documentos que ya habían sido aportados al proceso.

I. ANTECEDENTES

En audiencia del 25 de noviembre de 2020, el apoderado de Liberty Seguros S.A., presentó solicitud para la vinculación de otras ARL dado que con estas existía litisconsorcio necesario, la petición se concretó en que después de la contestación de la demanda y de la audiencia del artículo 77 del C.P.L., se obtuvo información relevante para el proceso, pues se consiguieron certificaciones de las que se desprendía que algunos de los trabajadores estuvieron afiliados a otras ARL durante su vida laboral como Agrícola de Seguros, Positiva, Ganadera, certificaciones que fueron emanadas de los empleadores de esas personas y de ello podría determinarse la proporcionalidad en que cada ARL debía retribuir, pues era muy probable que alguna de esas ARL debiera hacer aporte en los términos del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, situación que evidenciaba un litisconsorcio necesario.

EL a quo frente a la petición antes mencionada solicitó la remisión de las certificaciones aludidas e indicó que respecto de la señora BEATRIZ PACHECO GARCÍA, si bien se señalaba que tuvo una vigencia de un contrato de trabajo desde el 20 de marzo de 1987 y que estuvo afiliado a las ARL agrícola de seguro, Seguros Bolívar, Liberty Seguros y Colmena, no aparecía ninguna discriminación de los tiempos de las afiliaciones de cada una de las entidades, no obstante, si se tenía certeza respecto de Liberty Seguros y Colmena de los periodos de afiliación por lo que frente a la misma si se podía definir el asunto y frente a Alexandra Pimentel, se advertía una solicitud de información, igual situación frente a Francia Novia Rodríguez, el señor Gerardo y María Emperatriz Solano, frente a los que se advertía que se había presentado una petición en octubre de 2020 frente a las afiliaciones de lo mismos, por lo que no se configuran como un hecho nuevo y relevante que no hubiera podido ser aportados con anterioridad, de tal suerte que con las pruebas allegadas como no se concretaban los tiempos de afiliación de cada uno de los trabajadores no se constituía un litisconsorcio necesario, máxime que sin su presenciase podía definir la controversia indicando que se sometería a los

documentos que fueron debidamente aportados e incorporados al plenario.

Al respecto, el apoderado de Liberty Seguros S.A., presentó solicitud y/o incidente de nulidad bajo el entendido que debían estar presentes en el proceso y se les debía notificar el auto admisorio de la demanda a todas aquellas personas o partes respecto de las cuales era necesario que hicieran parte del proceso, pues lo que las certificaciones indicaban era que existían otras ARL como Positiva, Agrícola y si bien no se tenían las fechas de afiliación, ello no significaba que no estuvieron involucradas y que esas fechas no fueran relevantes para el proceso, pues podrían serlo o no y que si bien se había asumido que como no había fechas no tenían que ser vinculadas, lo que debería ocurrir era establecer esas fechas y determinar si eran litisconsortes necesarios o no y no asumir simplemente que como no hay fechas no hay litis consorcio necesario.

El 27 de octubre de 2020, encontrándose en la etapa de saneamiento y fijación del litigio, fundamentada en que no se había corrido traslado de la demanda por parte del apoderado de la demandante, a pesar de haberse realizado dos manifestaciones previas el 2 de septiembre de 2020 y el 8 de octubre de 2020, refiriéndose que no se conocía la demanda y no se había podido ejercer el derecho de defensa, publicidad y de contradicción, desconociéndose por tanto la totalidad de los hechos y pretensiones de la demanda, lo que motivaba a solicitar el incidente de nulidad y manifestándose adicionalmente que a la falta de notificación de la demanda se le había dado un trámite inadecuado, violándose los principios y presupuestos constitucionales al demandante.

Por su parte, el apoderado del demandante al descorrer el traslado del incidente manifestó que consideraba que no debía aceptarse la nulidad porque el demandante sí fue notificado y precisamente por eso es que se hizo parte en el proceso, aunado a ello señaló que esta no era la primera sino la tercera vez en que el juzgado le había dado una oportunidad, suspendiéndose la audiencia en ocasiones anteriores, pero en esa ocasión se consideraba que él tenía la copia y si no la tenía se le podría remitir

por la parte o por el despacho, debiéndose tener en cuenta que en todo caso que el demandante se había hecho parte, lo que quería decir que si fue notificado, por qué no habría otra alternativa, sin embargo, dejaba a libre disposición del despacho si se le concedía un término para que contestara la demanda, dado que el abogado se había hecho presente hasta ese momento, de modo que dejaba a consideración del juzgado él envió nuevamente de la copia de la demanda en la medida en que esta ya se había enviado.

II. DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito mediante proveído del 25 de noviembre de 2020, dispuso negar la nulidad, como fundamento de la decisión indicó que si bien accedió a realizar un control de legalidad conforma al artículo 122 del C.G.P., al estudiar las situaciones particulares expuestas advirtió que no se generaba un litisconsorcio necesario ya que no se había acreditado los elementos de juicios para que en esa etapa del proceso se viera la necesidad de vincular otra ARL máxime que con las pruebas documentales que obraban en el expediente tales como los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, que establecían la fecha de elaboración del respectivo dictamen la fecha de origen y el nivel de exposición al riesgo por los meses que eran objeto de calificación para los nueve trabajadores de lo que se evidenciaba que la única vinculación necesaria para resolver el problema jurídico trazado era con la entidad demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Liberty Seguros S.A., presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación, señalando que de acuerdo con la información existente, no era posible que nadie supiera a ciencia cierta si habían otras ARL que debieran responder por esos pagos y la única forma era vincularlas y precisamente por eso era que había un litisconsorcio necesario y que no tenía ningún sentido que esto solo se pudiera realizar en el auto admisorio como lo había referido la apoderada de COLMENA al

descorrer el traslado de la nulidad, porque no tendría razón de ser la existencia de la figura pues se formaba cada vez que fuera necesario y oportuno que un proceso estuvieran todas las partes para discutir derechos, insistiendo en que era imposible saber si era ARL Positiva, Ganadera o Agrícola quien debía responder y por tanto deberían ser vinculadas al proceso para que con base en ello se determine y no dejarlo de lado con base en suposiciones.

Al resolver el recurso de reposición el a quo indicó que le correspondía ratificarse en todos sus argumentos, pues las conclusiones a las que llegaba el despacho no eran suposiciones, pues de una valoración previa se podía advertir frente a cada uno de los trabajadores de los cuales se solicitaba el recobro, ya que existían los elementos probatorios suficientes y necesarios para determinar el periodo de exposición al riesgo de las enfermedades laborales la vinculación de Liberty Seguros sin que se tuviera la necesidad de vincular a otra entidad y puntualizó que si bien todos los jueces tenían la obligación de investigar, indagar y determinar pruebas, lo cierto era que se trataba de una obligación que no se podía trasladar a la sede judicial por lo que se mantenía en su decisión pues la valoración probatoria no daba para decretar una vinculación por litisconsorcio necesario, en consecuencia procedió a reconocer el recurso de apelación en los términos del artículo 65 del C.P.L.

IV. CONSIDERACIONES

En primer lugar, es preciso señalar que el auto que decide nulidades es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Para resolver, debe tenerse en cuenta que sobre el tema la norma que regula la materia es el artículo 61 del C.G.P., como quiera que sobre el particular no existe norma expresa en la normativa laboral, por lo que atendiendo lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.L nos remitimos a la misma, advirtiendo que la preceptiva aludida señala:

“ARTÍCULO 61. LITISCONSORCIO NECESARIO E INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. (Subrayas y negrita fuera de texto).

(...)”

Ahora bien, al respecto la Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante Auto AL2917-2018, radicación No. 80105 del 11 de julio de 2018, señaló lo siguiente:

“(…)”

Finalmente, no puede dejarse de lado que de tiempo atrás esta Corporación ha sostenido que la situación jurídica del litisconsorcio puede formarse, bien por la voluntad de los litigantes (facultativo), por disposición legal o por la naturaleza de las relaciones y los actos jurídicos respecto de los cuales verse el proceso (necesario u obligatorio).

En ese sentido, se ha señalado que se está en presencia de un litisconsorcio necesario cuando, como en este asunto, la relación de derecho sustancial está conformada por un número plural de sujetos, activos o pasivos, que no es susceptible de ser escindida, en tanto «se presenta como única e indivisible frente al conjunto de tales sujetos, o como la propia Ley lo declara, cuando la cuestión haya de resolverse de manera unirme para todos los litisconsortes». CSJ AL, 58371, 24, jun. 2015.

(...)”

Así las cosas, se tiene que a efectos de determinar la procedencia de un litisconsorcio necesario debe analizarse si la relación que determina el derecho en controversia se conformada por un número plural de sujetos activos o pasivos que no puede ser dividida, por cuanto la decisión que se adopte debe cobijarlos a todos.

Ateniendo lo anterior y revisada la demanda así como los elementos probatorios allegados, se advierte que el presente asunto versa sobre la procedencia del recobro solicitado por COLMENA S.A. a LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A., por concepto de las prestaciones económicas que canceló a los trabajadores relacionados en la demanda al estar

afiliados a dicha ARL cuando estuvieron expuestos a los riesgos que generaron el reconocimiento y pago de las prestaciones, de lo cual no se advierte que exista una relación jurídico sustancial con las ARL aducidas por el recurrente, pues la parte actora solo formuló pretensiones en contra de LIBERTY SEGUROS S.A., sin trazar reproches en contra de las demás administradoras de riesgos laborales aducidas por la demandada y en todo caso debe tenerse presente que los asegurados solo deben tener una afiliación con una ARL dentro de un determinado periodo de tiempo, pues está prohibida la multiafiliación e incluso de presentarse existen normas para dar solución a tal problemática, de manera que de conformidad con las pruebas aportadas y solicitadas oportunamente en las etapas procesales pertinentes y en sustento de las normas que rijan el asunto, es que se adoptara la decisión en este caso.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la oportunidad para solicitar pruebas se agotó con la contestación de la demanda y la oportunidad para decretarlas fue la audiencia prevista en el artículo 77 del CPTSS que fue adelantada el 26 de octubre de 2020, razón suficiente para limitar la valoración probatoria a las que se ajustaran al mandato legal y al debido proceso, advirtiéndose que las documentales en virtud de las cuales justifica el actor la necesidad de la vinculación en calidad de litisconsorte necesario, de un parte respecto de la señora BEATRIZ PACHECHO (certificación de fecha 17 de noviembre de 2020), solo permite establecer que durante la vigencia de la relación laboral estuvo vinculada con varias ARL, pero no se indican los periodos de afiliación, la misma situación se presenta con el señor GERARDO ZULUAGA MONTOYA (según correo de fecha 04 de noviembre de 2020), respecto de la señora FRANCIA NUBIA RODRIGUEZ, si bien se allegó correo en donde quien aparentemente fue su empleador indica los periodos de afiliación aproximados de la misma durante su vinculación laboral, así; 1994 – febrero/2001 (La Ganadera); marzo/2001 a diciembre/2012 (Bolívar); enero/2003 a abril/2016 (Liberty) y Mayo/2006 a Diciembre/2019, de acuerdo con lo señalado en los hechos respecto a la estructuración de la enfermedad y la afiliación ARL no se advierte justificación para la vinculación de otra ARL, y respecto de los demás trabajadores esto es

MARIA EMPERATRIZ SOLANO y ROSINDA RIASCOS, se allegaron correos de fechas 17 de noviembre de 2020 y 26 de octubre de 2020, respectivamente, en los que se indicó aspectos relacionados con los extremos temporales de las relaciones laborales que estas sostuvieron y otros aspectos tales como salarios y la vinculación actual de estos a la ARL COLMENA en el caso de MARIA EMPERZTRIZ SOLANO, de lo cual no se deduce la necesidad de vincular otras ARL al proceso, máxime que toda esta información que se allegó obedece a peticiones realizadas por la demandada a más de 1 año desde que dio contestación a la demanda, advirtiéndose que lo que se pretende con la vinculación de las otras ARL es solicitar pruebas por fuera de la oportunidad procesal, que ahora pretende validar con la integración del contradictorio con las ARL que menciona, pues es claro que estas peticiones no constituyen pruebas sobrevinientes como lo aduce el recurrente, pues se reitera se trata de peticiones que se efectuaron por la misma parte mucho tiempo después de presentada la demanda y contestada la misma y que en todo caso se pudieron haber presentado en la oportunidad debida, debiéndose señalar que incluso en esta instancia se allegaron otras correos de peticiones presentadas con posterioridad a la audiencia en la que presentó la nulidad.

En todo caso, se precisa que tal y como lo determinó el a quo, que de dichas documentales ni de lo aducido por el recurrente, se vislumbra la necesidad de integrar el contradictorio con las administradoras de riesgos laborales mencionadas, pues no se evidencia que exista una relación jurídica sustancial entre la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. y estas, pues si bien el inicio 2 del parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, establece *“Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.”*, la responsabilidad que se deriva del mismo es respecto de la proporción y tiempo de exposición durante la afiliación que se hubiese tenido con cada administradora, lo que

demuestra que se trata de relaciones sustanciales diferentes y no se necesita de la comparecencia al proceso de las restantes para adoptar una decisión de fondo respecto a la controversia planteada, máxime que las pretensiones de la demanda solo se direccionaron a LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. hoy COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., por estar afiliados los trabajadores a la misma durante la época de la exposición al riesgo, de tal suerte que corresponde al demandante acreditar los supuestos de hecho aducidos y a la demandada desvirtuarlos y al juez analizar tales situaciones a la luz de la normatividad vigente.

Por las razones anteriores razones, no se advierte nulidad alguna y se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 25 de noviembre de 2020, proferido por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

EJECUTIVO LABORAL PROMOVIDO por JAVIER ORLANDO BARON CASTRO contra ESTUDIOS TECNICOS SAS.

RADICADO: 11001 3105 023 2017 00754 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte ejecutada, contra el mandamiento de pago ordenado por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante auto del 6 de junio de 2019.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes.

El apoderado de la parte ejecutada, solicitó revocar el auto que libró mandamiento de pago en contra de su representada y en su lugar, de conformidad con los artículos 122 y 461 del Código General del Proceso, aplicables por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social, solicitó se ordenara la terminación del proceso y archivo del expediente, en la medida en que se encontraba acreditado el pago total de la condena y las costas procesales por parte de ESTUDIOS TECNICOS S.A., precisando que el pago era una forma de extinguir las obligaciones conforme los artículos 1625 y 1634 del Código Civil, y dado que con el valor transferido el 6 de marzo de 2019, se tenía que la obligación se encontraba totalmente satisfecha, no era procedente continuar con el trámite del proceso ejecutivo de la referencia, debido a que la causa que le dio origen al mismo se encontraba extinguida.

A su turno, el apoderado de la parte ejecutante, manifestó que en el expediente no aparecía registro alguno de la demandada que demostrara haber cumplido con la obligación de pagar la condena indexada mediante el depósito judicial correspondiente, sin embargo, en virtud de la lealtad profesional informó al Juzgado que el demandante había manifestado haber recibido un abono del valor de la condena por la suma de \$5.678.557 y por ello solicitó la ejecución de la sentencia descontando la suma informada por el demandante, destacando que en todo proceso iniciado por la omisión de la demandada de pagar oportunamente la condena prevista en sentencia y se inicie el proceso ejecutivo a continuación para proteger los intereses del demandante, resultaba procedente condenar en costas y agencias en derecho por la ejecución de la condena, razones por las cuales solicitó confirmar en su totalidad el auto.

I. ANTECEDENTES

JAVIER ORLANDO BARON CASTRO, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda ejecutiva contra ESTUDIOS TECNICOS SAS y SGS COLOMBIA SAS, para que se librara mandamiento de pago, por concepto de la suma de dinero equivalente a \$5.000.000 prevista en la el sentencia proferida por el Juzgado Veintres Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de diciembre de 2018 y las costas procesales incluidas las agencias en derecho aprobadas en auto del 7 de febrero de 2019, por valor de \$300.000.

II. DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante providencia del 6 de junio de 2019, dispuso:

“PRIMERO: LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO POR LA VÍA EJECUTIVA LABORAL, en favor del señor JAVIER ORLANDO BARÓN CASTRO, identificado con la C.C. No. 79.522.492 y en contra de la sociedad ETSA ESTUDIOS TECNICOS S.A.S. por las siguientes sumas y conceptos:

a). - \$5.000.000.00 por indemnización por despido, suma que se indexara al momento de su respectivo pago.

b). - \$300.000.00 por las costas del proceso ordinario.

SEGUNDO: LIBRAR MANDAMIENTO DE PAGO por las costas del presente proceso ejecutivo.

TERCERO: una vez en firme el mandamiento de pago, se resolverá lo pertinente sobre la liquidación del crédito (fl. 328).”

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de ESTUDIOS TECNICOS S.A., solicitó el archivo definitivo del proceso en los términos del artículo 461 del C.G.P, teniendo en cuenta que el día 6 de marzo de 2019, en cumplimiento de la sentencia proferida se realizó consignación en la cuenta bancaria del demandante por valor de \$5.678.557, a razón de: \$5.000.000 por condena de despido sin justa causa; \$300.000 por concepto de agencias en derecho y \$378.557 por concepto de indexación a la fecha de pago, precisando que el 28 de marzo de 2019, mediante memorial radicado el 28 de marzo de 2019, se aportó dicha consignación, por lo que no se le adeudaba suma alguna al señor Javier Orlando Barón Castro, de igual forma, mencionó que como el único que podía liquidar las agencias en derecho y costas procesales era el juez como director del proceso resultaba improcedente que se pretendiera el reconocimiento de valores adicionales.

La parte ejecutante al descorrer el traslado del recurso de apelación indicó que en memorial del 26 de abril de 2019, había indicado que la

ejecutada le había abonado en su cuenta personal la suma de \$5.678.557, la cual no incluía la liquidación completa del valor indexado y solicitó que se ordenara la liquidación de crédito conforme al mandamiento de pago que ordenó el pago de la suma de \$5.000.000 por concepto de indemnización por despido indexada al momento de su pago y adicionalmente solicitó se ordenara la inclusión de agencias en derecho por \$300.000, liquidación de costas procesales por valor de \$38.000 y agencias en derecho del proceso ejecutivo (20%) por valor de \$1.000.000 para un total de \$6.388.800 menos el abono realizado por el demandante \$5.678.557, en donde el saldo pendiente sin indexación ascendía a 660.243.

IV. CONSIDERACIONES

En primer lugar, para resolver debe tenerse presente si bien el numeral 8° del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece que el auto que decide sobre el mandamiento de pago es recurrible, no puede perderse de vista que el artículo 438 del Código General del proceso, dispone *“El mandamiento ejecutivo no es apelable; el auto que lo niegue total o parcialmente y el que por vía de reposición lo revoque, lo será en el suspensivo. Los recursos de reposición contra el mandamiento ejecutivo se tramitarán y resolverán conjuntamente cuando haya sido notificado a todos los ejecutados.”*, existiendo entonces una contradicción entre ambas normas.

Así las cosas y dado que aunque existe un criterio pacífico respecto a que en estos eventos debería aplicarse prioritariamente la norma especial sobre la general, no puede pasarse por alto que tratándose del proceso ejecutivo laboral, la norma especial regula pocos aspectos sobre el proceso en sí, advirtiéndose algunas regulaciones relacionadas con el embargo y secuestro, por lo que en lo no regulado en ésta deberá acudir al Código General del Proceso, por remisión expresa del artículo 145 del C.P.L.

En consecuencia, resulta pertinente abordar el estudio en conjunto de ambas normas, así se tiene que lo dispuesto en la preceptiva del Código General del Proceso, establece que el auto que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago es apelable por la parte ejecutante, en tanto que aquel que libra mandamiento de pago no lo es, y ello es así por cuanto se advierte que de conformidad con lo establecido en el artículo 442 Ibidem, cuando lo que se ataca es el derecho sustancial, el ejecutado cuenta con las excepciones de mérito y cuando el cuestionamiento es procesal con el recurso de reposición, los cuales no sólo les permiten controvertir el mandamiento de pago, sino además demostrar su defensa, oportunidad que no es posible ejercerla con la sola interposición del recurso de apelación.

Al respecto, conviene recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-900 de 2003, al analizar la exequibilidad del artículo 48 de la Ley 794 de 2004, que modificó el artículo 505 del extinto Código de Procedimiento Civil, normativa que contemplaba la negativa de la apelación frente al mandamiento ejecutivo, salvo que se negara total o parcialmente el mismo, determinó:

“(…)

5.5 Por otro lado, la supresión de la apelación contra el mandamiento de pago, persigue evitar repetir trámites dentro del proceso ejecutivo singular; pues, los motivos que sirven de fundamento de la apelación son los mismos que pueden alegarse como fundamento de la excepción perentoria. Adicionalmente, la supresión de la apelación en contra del mandamiento de pago, al impedir la duplicidad de actuaciones para decidir los mismos motivos de inconformidad, permite la realización y el aseguramiento del principio constitucional de “la pronta y cumplida justicia”, puesto que, en esa medida, otorga a los administrados la posibilidad de que sus litigios sean resueltos oportunamente, lo que se traduce en tranquilidad y paz social.

5.6 En ese orden de ideas, la situación del ejecutante y del ejecutado frente al mandamiento ejecutivo, o a la providencia que lo deniega, respectivamente, no es similar. Lo que impide al Legislador otorgar el mismo tratamiento, puesto que la regla clásica de la igualdad ordena “tratar de manera desigual a lo desigual”, precisamente, para dar pleno cumplimiento a dicha regla.

(…)”

Por lo tanto, en una interpretación armónica entre ambas normas y dado que los medios de defensa para debatir el sustento del mandamiento de pago, son las excepciones perentorias de que trata el artículo 442 del

C.G.P., se colige que el recurso de apelación solo es procedente cuando el mandamiento de pago se niegue total o parcialmente y no cuando se acceda al mismo, pues de estimarse procedente conforme se menciona en el precedente citado existiría duplicidad de actuaciones para decidir los mismos motivos de inconformidad.

En ese orden de ideas y toda vez que en el caso bajo análisis el recurso de apelación contra el mandamiento de pago fue presentado por la parte ejecutada, con fundamento en que se había pagado la obligación, se advierte que dicho asunto debió haberlo debatido a través de las excepciones perentorias de que trata el artículo 442 del CGP, y no por el recurso de apelación conforme se indicó en líneas anteriores.

Corolario de lo anterior, se declarará inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra del auto proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito el 6 de junio de 2019.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto por ESTUDIOS TECNICOS SAS, en contra del auto proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito el 6 de junio de 2019.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL-DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN contra ALIANSALUD EPS S.A

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00572 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Unidad Administrativa Especial- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN., contra el fallo proferido el 10 de febrero de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 13 de noviembre de 2020 (fl. 45) y remitido el expediente a esta Corporación el 27 de mayo de 2021 (fl. 1 cuaderno 2).

OBJETO DE LA ACCIÓN

La parte actora pretendió que se ordenara en su favor el reconocimiento y pago de la incapacidad general, por la suma de \$ 369.529., correspondiente al valor de la diferencia cancelada por la Dian y la cancelada por la EPS demandada, más los intereses moratorios generados desde la

fecha de pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realice el desembolso.

HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte accionante manifestó que el señor Luis Zenon Malaver Amezquita prestó los servicios a la UAE DIAN desde el 21 de mayo de 1991 hasta el 11 de agosto de 2017, señaló que el ex funcionario se encontraba afiliado en salud a la EPS demandada desde el mes de agosto de 2016, informó que se generó licencia de enfermedad general por el termino de 15 días, desde el 12 de agosto de 2016 al 26 de agosto de 2016, la cual fue prórroga de la incapacidad N° 281-1147003 del 27 de julio de 2016 al 1 de agosto de 2016, cancelada por la EPS por un valor de \$1.641.804, quedando un saldo faltante de \$369.529, más los intereses de mora.

La demanda fue admitida por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante providencia del 30 de julio de 2018.

REPUESTA DE ALIANSALUD EPS S.A

La parte demandada señaló que para el momento de liquidar el pago de la incapacidad objeto de la presente demanda fue liquidada como prórroga, tomando como IBC el promedio generado según los pagos realizados en el año inmediatamente anterior, al inicio de la primera incapacidad, en consecuencia señaló que dicha incapacidad fue aprobada dentro del tiempo establecido de conformidad con la normatividad legal vigente y la transacción se realizó a la cuenta registrada para pago de incapacidades y licencias por el empleados en noviembre de 2016.

DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas por la parte actora, al considerar que el IBL que debió tenerse en cuenta por parte de la EPS demandada, es la suma de \$5.347.424, para lo cual la formula

aritmética da como pago \$1.782.563, quedando pendiente de pago la suma de \$140.759.

RECURSO DE APELACIÓN

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN., impugnó la referida decisión, mediante escrito en el cual señaló que en la demanda existen documentos que constituyen prueba idónea para acreditar el IBC con que se realizaron los aportes y el comprobante de nómina que acredita el momento y valor en que se realizó el pago por la Entidad, agregó que para el caso en particular los aportes del mes de julio de 2016, fueron cancelados en el mes de agosto de 2016, donde el IBC fue de \$6.034.000.

Establecida de esta manera la inconformidad de la parte apelante, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

El planteamiento del problema jurídico a resolver, se contrae en determinar si ALIANSALUD EPS, debe cancelar a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONAL DIAN, la diferencia pagada por concepto de la licencia de enfermedad causada a favor del trabajador LUIS ZENON MALAVER AMEZQUITA.

Para dilucidar el problema jurídico planteado, ha de precisarse que en el asunto examinado no existe controversia sobre el reconocimiento de la licencia por enfermedad, sino del valor correcto por el cual debió reconocerse dicha licencia.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 2.2.5.5.10 del Decreto 648 de 2017 *“por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública”*, se tiene que las licencias por enfermedad, maternidad o paternidad de los servidores

públicos se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993; la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

Así entonces, para la Sala es claro que la mencionada prestación económica se liquida con el salario, al respecto se hace necesario traer a colación el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que en su tenor literal señala lo siguiente:

“ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO. <Ver Notas del Editor> <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.”

En consecuencia, se precisa que no tiene cabida para esta Sala de decisión, el argumento expuesto por la parte accionante en relación a que las prestaciones económicas se liquidan con el IBC, pues como se estableció anteriormente las mismas se liquidan con el salario devengado por el trabajador que para este caso es por un valor de \$5.347.424, tal y como se evidencia en el comprobante de nómina del mes de agosto del 2016 (fl. 31), fecha de causación de la licencia por enfermedad, luego, la diferencia que se encuentra pendiente de pago es de \$140.759, tal y como lo estableció la Superintendencia Nacional de Salud.

En cuanto a la condena por intereses de mora, al encontrarse que el debate verso sobre el pago parcial de la mencionada incapacidad no hay lugar a dicha condena, toda vez que al haberse ya reconocido la prestación por un valor de \$1.641.804, no se le puede imputar dicha responsabilidad por todo el tiempo transcurrido a la EPS, cuando resulta reprochable la inactividad del accionante.

Así las cosas, la Sala no encuentra mérito para revocar la sentencia impugnada, motivo por el cual se confirmará.

Por lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, el 10 de febrero de 2020, de conformidad con lo expuesto en las motivaciones de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente sentencia será notificada mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO