



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA PATRICIA CASAS
SEGURA contra METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

RADICADO: 11001 3105 001 2019 00305 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre 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 los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de marzo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por el apoderado de METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., en el que solicitó revocar la sentencia en la parte apelada, esto es, lo referente al pago de la indemnización por el despido sin justa causa, considerando que existía un soporte claro para poder determinar los incumplimientos de la demandante, ya que la misma incumplió diferentes tipos de obligaciones consagradas no sólo en la Ley laboral sino en el contrato individual de

trabajo (cláusula 5), así como en el anexo no. 3 al contrato de trabajo por el cual se estableció la medida ejecutivo de cuenta “(...) no alcanzar como mínimo nueve (09) pólizas de vida individual y nueve (09) pólizas de accidentes personales (...)” y “(...) no alcanzar como mínimo 36 pólizas de vida individual y 36 pólizas de accidentes personales acumuladas en los últimos cuatro trimestres (...)” y el reglamento interno de trabajo, precisando que vínculo laboral finalizó por razón del incumplimiento de metas de la demandante y que ésta tuvo pleno conocimiento del sustento de la terminación de su contrato de trabajo, por medio de la carta de terminación del 23 de octubre de 2017, ya que en dicho documento se le indicó que la terminación se debía a que: “(...) se evidenció en la evaluación con corte a septiembre de 2017 (...)” y se encuentra catalogado como: “(...) falta grave (...)”, así mismo, refirió que la demandante incumplió de manera grave con sus obligaciones laborales, ya que no había cumplido con los estándares establecidos en el anexo 3, bajo 2 opciones diferentes, en tanto que no cumplió el trimestre con el número de pólizas de vida y accidentes personales (opción 1), ni tampoco cumplió el acumulado de pólizas de vida y accidentes personales (opción 2). Finalmente, precisó respecto a la calificación de la falta como grave, que las partes de común acuerdo calificaron en el contrato de trabajo las causas de terminación de la relación laboral, en donde se estableció como falta grave la violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias y que la falta fue confesada por la demandante no solo en los descargos sino durante la recepción del interrogatorio de parte, situación que fue desconocida por el juzgado, así mismo, resaltó que la falta estaba calificada como grave en el contrato de trabajo y en el Reglamento Interno de Trabajo y eran determinadas como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por lo que no le era dable al juez entrar a calificar la gravedad de la conducta y concluyó señalando que la actora incumplió las obligaciones pactadas en el contrato de trabajo y en el reglamento interno de trabajo, constituyendo con su conducta una falta grave a las obligaciones y prohibiciones, lo cual conllevó a la terminación del contrato de trabajo conforme con lo estipulado en su contrato de trabajo, los anexos, el otrosí suscrito y aceptado por la demandante.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió que se declarara que su antiguo empleador debía reintegrarla al mismo trabajo y condiciones que tenía el momento de ser despedida el 23 de octubre de 2017 y en consecuencia se condenara a METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., a pagarle los salarios dejados de percibir desde el despido y al pago de las prestaciones sociales debidamente indexadas, a saber, prima de servicios de 2017, cesantías de 2018, intereses sobre las cesantías de 2018, prima de servicio de 2018 y vacaciones, así como al pago de 180 días de salario por haberla despedido sin la autorización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y en caso de no accederse al reintegro, condenar a la demandada pago de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que fue contratada por METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. bajo la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido el 6 de julio de 2015, desempeñándose en el cargo de ejecutiva de cuenta del canal de corredores de seguros de vida, no obstante, el 23 de octubre de 2017, su empleador dio por terminada la relación laboral de manera unilateral e intempestiva, devengando para ese momento la suma de \$1.463.000 mensuales, así mismo destacó que al momento del despido se encontraba diagnosticada con una enfermedad catalogada como catastrófica, toda vez que padecía de cáncer de tiroides, el cual le había sido diagnosticado el 16 de mayo de 2016, situación que había puesto en conocimiento de la compañía al momento de su ingreso y con la psicóloga de la empresa al momento de la entrevista correspondiente, también refirió que en el mes de diciembre de 2016, solicitó a su empleador una póliza de seguro de vida, la cual le fue negada debido al diagnóstico presentado, pese a ello el 23 de octubre de 2017, se le notificó la terminación del contrato de trabajo aduciendo como justa causa el incumplimiento de metas asignadas hecho que se evidenció en la evaluación con corte a septiembre de 2017, de manera que el empleador no desconocía su estado de debilidad manifiesta

y ello le impedía terminar el contrato de trabajo sin al agotamiento de los requisitos previstos por la ley

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Nacional, los artículos 22-24, 27, 37, 45, 56-57, 59, 61, 64, 65, 127, 141, 193, 249, 254, 306-308 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 118 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, así como, la Sentencias de la Corte Constitucional T-320 de 2016 y T-040 de 016.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., dio contestación a la demanda (fl. 57-74), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que se oponía el reintegro por cuanto no existía soporte ya que la demandante no era beneficiaria del llamado fuero de salud o de la ley 361 de 1997, en tanto no cumplía con los requisitos legales y desarrollados por la jurisprudencia para ello, respecto al pago de salarios y prestaciones sociales, igualmente se opuso, en la medida que la terminación del contrato se realizó de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo y de ninguna manera obedecía a discriminación, frente al pago de los 180 días de salario precisó que la demandante en ningún momento se había encontrado bajo los supuestos de protección de la ley 361 de 1997 y finalmente ante la indemnización por terminación del contrato sin justa causa enfatizó que la terminación se había realizado de conformidad con lo establecido en la ley y obedeció a la ocurrencia y comprobación de una justa causa con ocasión del incumplimiento de sus metas de acuerdo con la evaluación realizada a corte del mes de septiembre de 2017. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de situación de discapacidad, falta de título y causa del demandante, compensación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa de la demandante, buena fe, prescripción, mala fe de la demandante y excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de marzo de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. a reconocer y pagar a CLAUDIA PATRICIA CASAS SEGURA la suma de \$3.892.328 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

SEGUNDO: ABSOLVER a METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante en el presente asunto.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción denominada inexistencia de situación de discapacidad y no probados los demás medios exceptivos formulados por la demandada en su contestación.

CUARTO: Las costas serán a cargo de la parte demandada. fíjense como agencias en derecho la suma de 250.000 de acuerdo con lo motivado.

Como fundamento de su decisión, argumentó que los documentos allegados resultaban insuficientes para concluir que la demanda al momento de la terminación del contrato ostentaba una condición de discapacidad relevante o que le impidiera o dificultara sustancialmente para desempeñar sus funciones, máxime cuando la actora había admitido en el interrogatorio de parte que durante la vigencia del vínculo, la patología diagnosticada no le significó ningún tipo de limitación que le impidiera cumplir de manera regular con sus labores desde que la enfermedad fue diagnosticada y que solo había acudido a control hasta el 3 de septiembre de 2015, esto es, 2 años antes de la terminación del vínculo laboral, señalándose que de acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia para la concesión de la protección de estabilidad laboral no era suficiente que al momento del despido del trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico, se le hubiere expedida incapacidad médica, sino que debía acreditarse que al menos tuviera limitación física o sensorial de carácter de moderada, lo que implicaba un porcentaje pérdida capacidad laboral igual o superior al 15% o como lo establecía la Corte Constitucional, que implicara una situación que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores y como quiera que esto no fue demostrado se procedió a absolver del reintegro y las demás pretensiones derivadas de ello.

Frente a la indemnización por despido injusto, se trajo a colación lo dispuesto en la carta de terminación del contrato y procedió a revisar si dentro de las obligaciones laborales se había pactado expresamente que el incumplimiento de las metas comerciales se catalogaba como falta grave y acarrearía a la terminación del contrato de trabajo en los términos del numeral 6° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, así, se acudió a lo dispuesto en el anexo 3 del contrato de trabajo en donde se establecían parámetros de evaluación para la medición del ejecutivo de cuentas y la tabla de excel aportada en la que se registró que la demandante en el trimestre correspondiente a julio, agosto y septiembre de 2017, registró un total de 3 pólizas de accidentes personales y 14 pólizas de vida individual con una persistencia del 97%, frente a lo cual indicó que si bien hubo incumplimiento de las obligaciones asignadas a la trabajadora en el anexo 3 al contrato de trabajo, lo cual fue aceptado por la demandante en el interrogatorio de parte en ningún momento se pudo establecer que dicho documento constituyera fuente de obligaciones para las partes en el que se hubiese calificado como falta grave y justa causa de despido, pues al tenor literal del referido documento ni del contrato arrojado se extraía tal situación, máxime que no se había allegado el reglamento interno de trabajo cuando el representante legal había indicado en su interrogatorio de parte que la falta podría desprenderse de dicho instrumento y en todo caso de los parámetros de medición establecidos por la demandada no se encontró que la justa causa se encontrada revistiera la gravedad establecida en la carta de terminación del contrato, toda vez que en el tercer trimestre la demandante superó la persistencia mínima conjunta del 85% de los productos de vida individual y de accidentes personales, ya que según lo indicado por el empleador alcanzó el 97% siendo el 100% el cumplimiento de persistencia total de las metas asignadas lo que demostraba la efectividad de la trabajadora en la consecución de las labores encargadas que sea el caso indicar en el último trimestre resultó ser superior al de sus compañeras que realizaban labores análogas, por lo que no se consideró soportada la justa causa aducida.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, solicitó revisar la decisión respecto al fuero de estabilidad reforzada, en atención a que no se tuvo en cuenta todo el material probatorio, ya que dentro de este obraba la negativa de la solicitud de seguro bajo el argumento que la Señora CLAUDIA PATRICIA CASA, había sido diagnosticada con cáncer lo cual de acuerdo con varias sentencias de la Corte Constitucional la cobijaba como en una situación de debilidad manifiesta, en donde siempre y cuando no se dieran los requisitos para el levantamiento de dicha debilidad manifiesta se presumía de acuerdo con la misma norma que el despido era ilegal, resaltando que el punto central de la discusión era el desconocimiento del empleador del estado de debilidad manifiesta de la demandante que como se arrimó al expediente desde el inicio de la relación laboral la demandada tenía conocimiento de su situación médica y estado de salud, lo que se podía corroborar con la historia clínica allegada en donde el diagnóstico se hizo mucho antes y en todo caso al momento de presentar la entrevista de trabajo la demandante manifestó que se encontraba padeciendo una situación médica de cáncer frente a lo que la empresa no tuvo reparo en hacer la contratación y que no se podía llamar a una persona que no manifestó ningún tipo de incapacidad o que la incapacidad durante los momentos en que estuvo recibiendo los tratamientos que fueron concertados con su jefe directo para no obstaculizar su trabajo ahora resultaban en contra de ella porque al no haber manifestado esas situaciones por los conductos regulares se hace caso omiso a la existencia de una enfermedad catastrófica.

Por su parte, METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. indicó que su reparo recaía en la condena por impuesta por el despido sin justa causa de la señora CLAUDIA PATRICIA CASA SEGURA, por lo que solicitó la revocatoria de la sentencia en este punto en particular, argumentando que existía un soporte claro para poder determinar los incumplimientos de la demandante, ya que la misma había sido enfática, clara, precisa y explícita en señalar que no había cumplido con las metas propuestas para el mes o el trimestre del cual estaba siendo evaluada, situación que

devenía en una completa falta del cumplimiento de las labores para las cuales había sido contratada, pues así lo había confesado dentro del interrogatorio de parte rendido, que la terminación del contrato de trabajo se realizó con el cumplimiento de todos los procedimientos legales y con la debida fundamentación y si bien no se había aportado como prueba el reglamento interno de trabajo con la contestación de la demanda dentro del otrosí del cual se tomaron las metas para la evaluación de la demandante se entendía que el incumplimiento de las metas devenía en una falta grave, lo cual también había sido confesado por la demandante cuando señaló que si no hubiese cumplido en las oportunidades anteriores no estaría ahí, que en todo caso la demandante incumplió con diferentes obligaciones consagradas no sólo en la ley laboral sino en el contrato individual de trabajo, como el anexo 3, ya que la demandante incurrió en un incumplimiento grave de acuerdo con lo señalado en el contrato de trabajo, en donde se indicó que el incumplimiento de las metas o de las labores encomendadas a los ejecutivos de cuenta y a los asesores comerciales de MetLife devenía como una falta grave cuya consecuencia era la terminación del contrato de trabajo, que en el anexo 3 se podía ver el número de pólizas con las cuales tenía que cumplir cada uno de los asesores comerciales, siendo un mínimo de 9 por accidentes personales y un mínimo de 9 por pólizas individual de vida y no alcanzar como mínimo las 36 pólizas de vida individual y 36 pólizas de accidentes personales acumuladas en los últimos cuatro trimestres tenía como consecuencia la comisión de una conducta sancionable como falta grave dentro del reglamento interno de trabajo y particularmente dentro del otrosí No. 3 que hacía parte integral del contrato de trabajo, que la demandante había conocido las causas de la terminación por medio de la carta de terminación del contrato del 23 de octubre de 2017, también señaló que la demandante no solo había conocido y suscrito la obligación del cumplimiento de metas en el anexo 3 sino en varios documentos, resaltando la cláusula 5 del contrato y enfatizando que la demandante tenía obligaciones gerenciales especiales para el cumplimiento del trabajo y en concreto el cumplimiento de metas, concluyendo que quedaba probado sino también confesado por la demandante que efectivamente

había incumplido con una de sus obligaciones contractuales y fue la razón principal de la terminación del contrato de trabajo.

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 resultaba procedente declarar la ineficacia del despido de la demandante por encontrarse en condición de debilidad manifiesta por fuero de salud, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de reintegro al trabajo y al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir con ocasión del despido efectuado por la demandada y en caso contrario determinar si la terminación del contrato efectuada por la demandada atendió o no a una justa causa.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que la demandante sostuvo una relación laboral con la demandada mediante un contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito el 6 de julio de 2015, siendo contratada para desempeñarse como ejecutiva de cuenta (fl. 4-14); ii) que el último salario devengado ascendió a la suma de \$1.463.000 (Cd fl. 56) y ii) que el contrato de trabajo finalizó el 23 de octubre de 2017 con fundamento en justa causa invocada por la demandada (fl. 20).

Precisado lo anterior, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la protección de no discriminación de personas en situación de discapacidad como quiera que se ha establecido como la fuente normativa del fuero de salud, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que concede, para lo cual se acude al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. *En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.***

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.²¹ (Subrayas y negrita fuera de texto).

Así mismo, conviene recordar los requisitos que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha establecido para que la garantía de estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad opere, así en sentencia SL711-2021, Radicación No. 64605, se indicó:

“(…)

Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: **(i)** que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) severa, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) profunda cuando el grado de discapacidad supera el 50%; **(ii)** que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y, **(iii)** que la relación laboral termine por razón de su discapacidad –lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo.

(…)

En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que, conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, «el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada» (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales.

(…)”

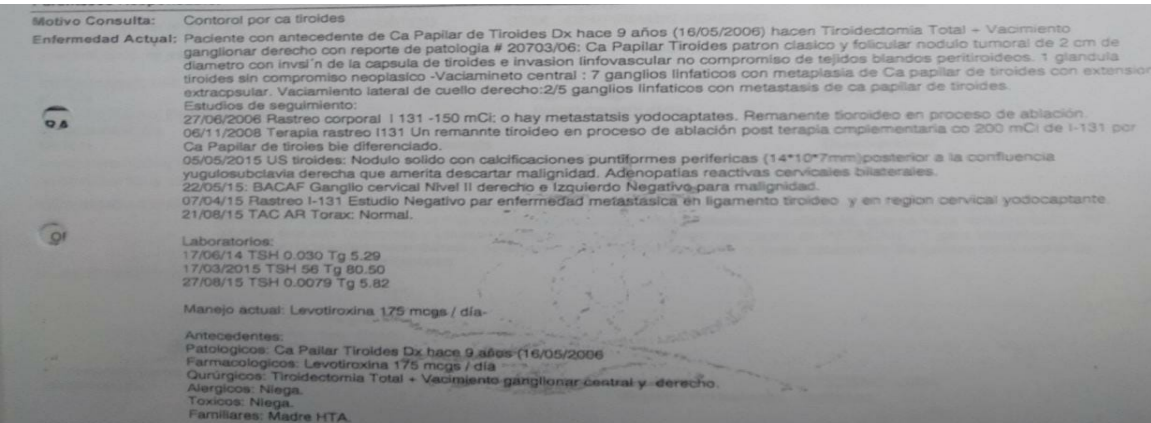
¹ Inciso 2 Art. 26 L.361/97 declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 5 de mayo de 2000, en donde se indicó “bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”

De conformidad con la normatividad y el precedente citado, se tiene que para para ser beneficiario de la garantía de estabilidad reforzada, se debe acreditar que se cuenta con una perdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, que el empleador conocía el estado de salud del trabajador y que la relación laboral se terminó en razón de la discapacidad (siempre y cuando no exista una causal objetiva) y sin que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

En ese orden, se procederá a analizar si en el caso concreto la demandante cumplía con los requisitos previamente señalados para ser beneficiaria de la garantía deprecada, así se tiene que a folio 17 obra examen médico de ingreso de fecha 19 de junio de 2015, expedido por Salud Ocupacional de los Andes Ltda., en el que se emitió el siguiente concepto a la demandante *“APTO PARA DESEMPEÑAR EL CARGO CON RECOMENDACIONES²”* y en observaciones se estipuló *“CONTINUAR MANEJO CON ENDOCRINOLOGIA DE LA EPS USO DE GAFAS EN LA JORNADA LABORAL”*.

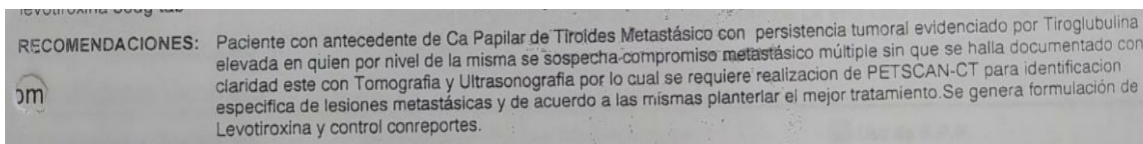
También se allegó a folios 15 y 16, historia clínica expedida por la Clínica San Rafael, en la que registró como fecha de atención el 3 de septiembre de 2015, de la que resultan relevantes los siguientes apartes:

“(…)



“(…)

² Estas recomendaciones obedecen a recomendaciones preventivas en materia osteomuscular, visual y cardiovascular.



(...)”

Igualmente, a folio 18 y 19 reposa documento denominado aclaración de solicitud de seguro de vida individual y/o accidentes personales No. 340803 ante METLIFE, de fecha 30 de marzo de 2017, en el que la demandante pidió que la solicitud de fecha 31 de diciembre de 2016, se enmendara o aclarara con lo siguiente *“1. De acuerdo a la información médica suministrada falta el concepto del oncólogo y las conclusiones de todas las pruebas ordenes en enero, con el resultado de la prueba patológica.”* y correo electrónico de la misma fecha con el que se pretende acreditar el envío del formato de aclaración antes mencionado.

Revisados los documentos señalados en precedencia, se tiene que no es posible si quiera colegir que para la fecha de terminación del contrato la demandante hubiese estado diagnosticada con cáncer de tiroides como se reclama por la demandante, ni que al momento de la vinculación hubiese expuesto esta situación a su futuro empleador, pues además que no fueron hechos aceptados por la demandada ni reconocidos en el interrogatorio de parte rendido, ello no puede inferirse del examen médico de ingreso allegado en el que se advierte que las recomendaciones que se realizaron fueron preventivas en materia osteomuscular, visual y cardiovascular y el hecho que se indicara continuar manejo con endocrinología por si solo no genera el diagnostico referido ya que podía obedecer a múltiples diagnósticos tratados por esta especialidad, lo cual tampoco es factible colegir de la historia clínica allegada, pues en esta aunque se señaló en los antecedentes que la demandante fue diagnosticada con cáncer de tiroides el 16 de mayo de 2006, por el que fue intervenida quirúrgicamente (Tiroidectomía total + vaciamiento ganglionar derecho), luego el 27 de junio de 2006 y el 6 de noviembre de 2008 se realizó rastreo de remanente tiroideo post terapia complementaria, posteriormente y solo hasta el 5 de mayo de 2015: se

encontró en la tiroides nódulo solido que ameritaba descartar malignidad, el 22 de mayo de 2015: se realizó BACAF resultando negativo para malignidad, el 7 de abril de 2015: se realizó rastreo I-131 resultando negativo para enfermedad metastásica en ligamento tiroideo y en región cervical yodocaptante, y para la fecha de la consulta y/o atención (3 de septiembre de 2015), lo que se señaló es una sospecha de compromiso metastásico atendiendo los resultados de tiroglobulina elevada para lo que se ordenó la realización de exámenes médicos, situación que incluso se corrobora con lo indicado en la solicitud de aclaración de seguro de vida de fecha 30 de marzo de 2017, en donde se indicó que faltaba el concepto del oncólogo y las conclusiones de todas las pruebas ordenadas con el resultado de la anatomía patológica, de tal suerte que de las pruebas allegadas no era posible establecer que la demandante tuviera un diagnostico confirmado, pues lo que se advierte es que se encontraba en análisis en donde varios de los exámenes practicados habían resultado negativos para malignidad, echándose de menos que no se hubiese allegado al proceso el resultado definitivo de los exámenes practicados cuando para la presentación de la demanda había transcurrido el tiempo suficiente para contar con los mismos.

En todo caso, tampoco se allegó dictamen o calificación de pérdida de capacidad laboral o cualquier otro documento del que pudiera colegirse el grado de pérdida de capacidad laboral que presentaba la demandante requerido en estos eventos y así poder establecer el cumplimiento o no del primer requisito para conceder la protección endilgada, razón por la cual, no se activó la presunción relativa a que el despido fue discriminatorio y en consecuencia no se advierten los yerros que endilgan al fallador de primera instancia por lo que se procederá a confirmar la decisión del A quo.

Respecto a la solicitud de revocatoria de la condena impuesta a la demandada por concepto de indemnización por despido injusto, y previamente a entrar a revisar las razones por las cuales el juzgador de primera instancia no encontró probada la justeza del despido y frente a las cuales presentó reparo el recurrente, resulta pertinente acudir a la

carta de terminación del contrato con justa causa que le notificó METLIFE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., a la demandante el 23 de octubre de 2017, advirtiéndose que los hechos en que se fundamentó la decisión fueron los siguientes:

“(...)

*Para el efecto, le manifestamos que los **hechos que fundamentan la decisión de la compañía, corresponden a su incumplimiento de las metas asignadas, hecho que se evidenció en la evaluación con corte a septiembre de 2017.***

En efecto, dentro de sus obligaciones laborales se encuentra pactado expresamente el cumplimiento de las metas comerciales asignadas, incumplimiento que se cataloga como falta grave y que da lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa. (Subrayas y negrita fuera de texto)

Esta decisión se ha tomado con fundamento en lo establecido en el numeral 6, literal a del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, en concordancia con el numeral 1 del artículo 58 del mismo Código.

(...)”.

Al analizar la descripción de los hechos configurativos de la justa causa, se evidencia que los mismos obedecen a razones genéricas, pues no se precisa cuáles fueron las metas incumplidas, ni el porcentaje de cumplimiento esperado y la desviación presentada, así como tampoco, se señalaron los periodos (bimestre – trimestre – cuatrimestre – etc.) y factores que contempló la evaluación que se realizó con corte a septiembre de 2017, ni se adjuntó la misma a la carta de terminación del contrato.

Sobre el tema conviene recordar, que si bien el parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo (Modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965), establece que “*La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos*”, esta obligación se ha desarrollado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en diversos pronunciamientos de vieja data, entre ellos, en sentencia de Radicación No. 38872 del 23 de marzo de 2011, en donde se indicó:

“(...)

En efecto, entiende esta Corporación que el trabajador tiene derecho a conocer con precisión los hechos que soportan la decisión de la empresa porque tal y como lo han sostenido la jurisprudencia y la doctrina, las finalidades de la norma se concretan en dos sentidos: uno, para quien toma la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo que consiste en la imposibilidad de aducir con posterioridad causales o motivos diferentes y, otro, para la parte afectada quien tiene derecho a conocerlas antes de un eventual debate judicial para controvertirlas, sin que se le pueda sorprender en el proceso con otras nuevas y desconocidas.

Ciertamente, conforme lo aduce el recurrente, la jurisprudencia de esta Sala (Rad., 6847 del 25/10/94) ha dicho que no es requisito indispensable indicar con exactitud en la carta de terminación del contrato de trabajo, las normas legales, convencionales o reglamentarias que respalden la causal invocada, y que en caso de que el empleador omita tal imputación o la haga con precariedad, compete al juez del conocimiento efectuar la confrontación jurídica correspondiente.

(...)”

Conforme al precedente citado, se tiene que en la carta de terminación del contrato con justa causa, se deben precisar las razones concretas por las cuales el empleador ha tomado la decisión de despedir al trabajador, lo cual exige el detalle de los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que ocurrieron los mismos, para establecer entre otras cosas la inmediatez de los hechos aducidos, lo que además, tiene una doble finalidad consistente en que el trabajador pueda conocer las razones específicas por las que fue despedido antes de un debate judicial y que el empleador no pueda aducir con posterioridad causales o motivos diferentes.

De acuerdo con lo anterior y toda vez que los hechos invocados como configurativos de la justa causa atienden a razones genéricas, situación que podría conducir a que con posterioridad se encuadren hechos o se presenten soportes que no fueron alegados oportunamente por la demandada en la carta de despido, resulta inviable considerar los mismos para analizar la justa causa invocada, en la medida que podría acarrear determinaciones contrarias a la verdad real de lo que se pretende encontrar en cada asunto que se somete ante la jurisdicción y en consecuencia al no haber cumplido la demandada con la carga que le exigía la norma, se considerará que la terminación realizada fue sin justa causa y por tanto resulta avante la indemnización por despido injusto solicitada por la demandante, así las cosas, se procederá a confirmar la

sentencia del a quo por los motivos señalados en precedencia, máxime que en este caso, el cuestionamiento se efectuó fue respecto a la procedencia de la justa causa.

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 Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de marzo 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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GERMAN ARCINIEGAS
CORTES contra FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.**

RADICADO: 11001 3105 006 2018 00742 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre 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 demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se declarara que el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es la entidad obligada al pago de la pensión causada por el demandante por el tiempo

de laborado ante la extinta empresa, así como que se le reconociera y pagará la indexación de la pensión plena de jubilación con efectividad a partir de la fecha del disfrute efectivo, esto es, a partir del 8 de noviembre de 1998, los respectivos reajustes anuales y cada una de las diferencias pensionales causadas como consecuencia de la indexación o actualización de la pensión desde la fecha de causación del derecho hasta que se incluyera nómina de pensionados el nuevo valor pensional.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que la empresa demandada reconoció una pensión especial y proporcional de jubilación a través de la Resolución No. 0489 del 6 de junio de 1991 con efectividad a partir de la fecha de su retiro definitivo de la empresa, esto es, el día 30 de mayo de 1991, la cual se liquidó teniendo en cuenta como salario promedio el devengado en los últimos seis meses de servicio equivalente a \$160.040,69 con un porcentaje del 56% y una mesada pensional de \$89.622,79, posteriormente mediante resolución No.7247 del 27 de diciembre de 1994, la demandada procedió a modificar la cuantía de la pensión tomando como salario promedio la suma \$161.856,88 con un porcentaje del 56% y una mesada pensional de \$90.639,85, pensión que devengó en el porcentaje señalado hasta cuando cumplió 50 años (7 de noviembre de 1998) ya que la demandada le reconoció pensión ordinaria plena de jubilación a partir del 8 de noviembre de 1998 en cuantía del 75% del salario promedio de los últimos seis meses de servicio, mediante Resolución No. 031 del 13 de enero de 1999, de manera que el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, le reconoció y pago la pensión plena de jubilación concediéndole el beneficio de adicionarle a su pensión proporcional inicial un porcentaje del 19%, no obstante el valor diferencial reconocido entre el porcentaje de la pensión especial y proporcional de jubilación y el porcentaje de la pensión plena de jubilación perdió su poder adquisitivo y se mantuvo desactualizada entre la fecha de retiro definitivo del servicio a los ferrocarriles y el día en que le fue reconocido el derecho a su pensión plena de jubilación debido al inevitable paso del tiempo, de manera que se reconoció la diferencia pensional del 19% teniendo en cuenta el salario

promedio de los últimos 6 meses de servicio sin la correspondiente indexación.

Como fundamento normativo, citó el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991, el artículo 3 del Decreto 1591 de 1989, los artículos 13, 48 y 53 de la constitución Política, los artículos 1, 5, 6, 12, 25, 25A, 26, 27, 74, 77 del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, así como, las sentencias expedidas por la Corte Constitucional C-862 de 2006, C-891 de 2006, SU-1073 de 2012 y SU-131 de 2013 y las sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia con radicación No. 27242 y 30222 del 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, dio contestación a la demanda (fl. 70-74), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones como quiera que su representada había ordenado el pago a favor del demandante de la pensión plena de jubilación con los reajustes legales correspondientes cómo se podía apreciar en el expediente administrativo y en las resoluciones número 0489 del 6 de agosto de 1991 y 301(SIC) del 13 de enero de 1999, qué se reconoció al demandante la pensión de jubilación conforme a la ley aplicable además al momento de realizar la liquidación de la prestación económica se tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales y o eventualidades pertinentes exigidas y consagradas en las normas de carácter legal o convencional que regulaban dicho reconocimiento, es decir, sobre el valor inicial de la pensión la entidad efectuó la totalidad de los reajustes de carácter legal ordenados por el gobierno en concordancia con las prerrogativas y derechos de orden normativo consagrado por las diferentes convenciones colectivas de trabajo suscritas durante la existencia jurídica de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, por lo que la mesada que el demandante recibía se encontraba totalmente ajustada a derecho y no habría lugar a la pérdida de poder adquisitivo del pensionado.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

***“ABSOLVER** a la entidad accionada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte emotiva de la presente decisión.*

***COSTAS** a cargo de la parte actora vencido en el proceso, se fija en la suma de \$300.000, por concepto de agencias en derecho.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que no procedía la indexación reclamada en la demanda, considerando que entre la desvinculación del accionante en mayo 30 de 1991 (fl.27) y la fecha de efectividad de la pensión especial de jubilación en la misma fecha antes citada Resolución No. 0489 de 1991 y la resolución No. 7247 de 1994 (fls. 32 y 33) no se evidenciaba una pérdida de poder adquisitivo, pues no transcurrió un tiempo entre los extremos antes citados que permitiera predicar la pérdida adquisitiva de la moneda, tal y como se había explicado por la sala de casación laboral en sentencia SL5509-2016, al tener como referente de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda entre el tiempo transcurrido entre la desvinculación del trabajador y la fecha de reconocimiento de la pensión, que para el caso particular correspondía a la pensión especial que reconoció la entidad accionada por resolución No. Resolución No. 0489 de 1991, en concordancia con la resolución la resolución No. 7247 de 1994, en ese sentido, aclaró que para la definición de la figura de la indexación no correspondía considerar la fecha efectividad de la pensión plena de jubilación que se reconoció por Resolución No. 301 de 1998 al momento de arribar el accionante a la edad de 50 años el 8 de noviembre de 1998, porque la elevación del monto de la pensión del 56% al 75% por cumplimiento de la edad en mención, conforme lo determinaba el artículo 7 del Decreto ley 895 de 1991, no permitía predicar la existencia de una pensión de jubilación nueva, diferente e independiente, por lo que ante la presencia de una misma

pensión de jubilación que inicio el 30 de mayo de 1991, no se puede aplicar la indexación de la primera mesada pensional por razón de la inmediatez de su reconocimiento seguida del retiro.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, indicó que lo señalado en la última resolución expedida por la demandada no correspondía a lo que se había analizado, toda vez, que el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, fue modificado por el artículo 3 de la Ley 1651 de junio 27 de 1991, en el sentido que la pensión se reconocería en un porcentaje que iba del 56% al 75% de acuerdo al tiempo de servicio entre 15 y 24 años, igualmente, señaló que los trabajadores que se beneficiaran de dicha pensión proporcional tendrían derecho a la pensión plena u ordinaria regulada en el 75% del salario devengado en los últimos 6 meses de servicios al cumplir 50 años, así como, que la indexación de la primera mesada pensional era constitucional y era legalmente válido que se actualizara el último salario promedio devengado que se hubiese tomado para liquidar la pensión teniendo en cuenta el interregno de tiempo entre la fecha del retiro de la empresa y del cumplimiento de los 50 años de edad fecha a partir de la cual se causó la pensión plena ordinaria de jubilación según lo establecido en los decretos 895 de 1991 y 1651 de 1991, que ello ha llevado a la Corte Suprema de Justicia y a la Corte Constitucional a disponer la actualización del salario base de liquidación de todas las pensiones y por ende también se aplica a las pensiones especiales y a las pensiones plenas ordinaria de jubilación pues la justificación de la indexación es simplemente la de mantener el valor de la moneda, su poder adquisitivo, por lo que no existía ninguna razón para no aplicarlo, teniendo en cuenta que en virtud del mandato de los decretos referidos se causó al cumplimiento de los 50 años y no a la fecha de retiro.

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 resultaba viable la indexación de la mesada de la pensión de jubilación que le fue otorgada al demandante a partir del 8 de noviembre de 1998, fecha en que cumplió los 50 años de edad y se ascendió la tasa de reemplazo en que se venía reconociendo la mesada pensional al 75%.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que al demandante le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación por la demandada a partir del 30 de mayo de 1991 atendiendo lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Ley 895 de 1991 (esto es con una tasa de reemplazo del 56%), tal y como se advierte en la Resolución No. 0489 del 6 de junio de 1991 y en la Resolución No. 5172 del 6 de noviembre de 2013 (fl. 14-16 y 22-25); ii) que posteriormente la demandada mediante resolución No. 7247 del 27 de diciembre de 1994, modificó la cuantía de la mesada pensional a partir del 30 de mayo de 1991 con los incrementos anuales respectivos como quiera que no se habían tenido en cuenta todos los factores salariales que establecían las disposiciones legales vigentes (fl. 32-33), y iii) que mediante Resolución No. 031 del 13 de enero de 1999 se modificaron las resoluciones No. 0489 de 1991 y 7247 de 1994, en el sentido de reconocer la pensión plena de jubilación en un monto del 75% por valor de \$485.634,69 a partir del 8 de noviembre de 1998 fecha en que cumplió con el requisito de los 50 años de edad (fl. 19-21).

Precisado lo anterior, y como quiera que el primer reproche que se adujo por el recurrente es que no se tuvo en cuenta que el artículo 7 del Decreto 895 de 1991 había sido modificado por el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991, se acudirá a la norma con la modificación introducida a efectos de evidenciar lo que la misma contempla:

“ARTÍCULO 7o. <Modificado por el Artículo 3 del Decreto 1651 de 1991>: Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia del presente Decreto o durante el término de liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia tuvieran quince (15) o más años de servicio en la Empresa, tendrán derecho sin consideración a su edad, a Pensión de Jubilación proporcional correspondiente al tiempo de servicio, así:

a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.

b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.

c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.

d) Dieciocho (18) años de servicio, sesenta y dos por ciento (62%) del salario promedio.

e) Diecinueve (19) años de servicio, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio.

f) Veinte (20) años de servicio, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio.

g) Veintiún (21) años de servicio, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio.

h) Veintidós (22) años de servicio, setenta por ciento (70%) del salario promedio.

i) Veintitrés (23) años de servicio, setenta y dos por ciento (72%) del salario promedio.

j) Veinticuatro (24) años de servicio, setenta y cuatro por ciento (74%) del salario promedio.

k) A partir de veinticinco (25) años de servicio, setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio.

El empleado que se pensione acogéndose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.

PARÁGRAFO. Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieran prestado quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, diez de los cuales por lo menos en la Empresa, proyectados hasta el 17 de julio 1992, y que tengan una edad superior a cuarenta y cinco (45) años.”

De la revisión de la norma lo primero que se advierte es que la misma fue expedida el 27 de junio de 1991, no obstante, la resolución inicial de reconocimiento de la pensión se expidió el 6 de junio de 1991, fecha para la cual se encontraba vigente el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, en su forma original, sin que en todo caso, ello acarree diferencia alguna para el caso bajo análisis, pues lo que se advierte es que en una y otra norma lo que varió fue el porcentaje de la tasa de reemplazo en que se reconocía la pensión atendiendo los años de servicio prestados, así en la norma original para 15 años de servicio se determinó el 55% mientras que en la norma modificada por el Decreto 1651 de 1991, para 15 años de servicios se determinó el 56%, evidenciándose que en todo caso este último fue el porcentaje en que se reconoció inicialmente la pensión al demandante pues así se reconoció en la misma demanda y se señaló en las resoluciones Nos. 5172 de 2013 y 031 del 13 de enero de 1999 expedidas por la demandada.

Aunando a lo anterior, de la norma transcrita no se evidencia que se trate de pensiones diferentes sino de una misma prestación económica que se concedía inicialmente aplicando al salario promedio una tasa de reemplazo equivalente al porcentaje establecido en la ley para un determinado tiempo de servicios prestado por el trabajador (pensión proporcional de jubilación), porcentaje que luego ascendería al 75% cuando se llegara a los 50 años de edad, teniendo en cuenta para ello el salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicio (pensión plena de jubilación).

Nótese que con la expedición del Decreto 895 de 1991, se introdujeron modificaciones en el régimen de pensiones e indemnizaciones para la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia ante la supresión de cargos y/o terminación de los contratos que debía realizarse con ocasión de la liquidación, de donde se colige que el personal que tuviera menos de 15 años de servicios prestados recibiría una suerte de indemnizaciones y/o bonificaciones, pero para los que tenían 15 años o más de servicios prestados se procedería con el reconocimiento de la pensión proporcional de jubilación en los términos indicados hasta que se tuviere derecho a la

pensión plena de jubilación contemplada en la norma, en la medida que estos trabajadores contaban con una expectativa pensional.

En ese orden de ideas y teniendo claro que se trata de una misma prestación, lo cual incluso puede colegirse del mismo acto de reconocimiento inicial de la pensión a saber de la Resolución No. 0489 del 6 de junio de 1991, en donde se ordenó pagar a favor del demandante una pensión vitalicia de jubilación, se tiene que la solicitud de indexación de la pensión plena de jubilación que el recurrente reclama, esto es, de la mesada a la que se aplicó como tasa de reemplazo el 75% cuando cumplió los 50 años de edad, resultaba improcedente por cuanto al tratarse de una misma pensión no podría equipararse dicha mesada como el reconocimiento inicial de la prestación, en esa medida, y toda vez que no transcurrió un tiempo sustancial entre el momento que el demandante se retiró de la empresa 30 de mayo de 1991 (fl. 29) y el momento en que se efectuó el reconocimiento de la pensión 6 de junio de 1991 (a partir del 31 de mayo de 1991), no resulta procedente la misma, máxime que en el presente asunto no se cuestiona que para el momento en que se aplicó la tasa de reemplazo del 75% el monto de la pensión que se le venía reconociendo no estuviera ajustado, razón por la cual se procederá a confirmar la sentencia 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 la sentencia proferida por el Juzgado Sexto 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

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR JARDINES DEL SOL S.A.S. contra MEDIMAS EPS S.A. y CAFESALUD EPS S.A

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00818 01

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

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por CAFESALUD EPS S.A., contra el fallo proferido el 18 de mayo 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. 35) y remitido el expediente a esta Corporación el 8 de julio de 2021.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

JARDINES DEL SOL S.A.S. pretendió que en su favor se ordenará el reconocimiento económico de la suma de \$155.739 por concepto de incapacidades radicadas y liquidadas, que estaban por fuera del límite de pago.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte actora manifestó que habían pagado a los siguientes trabajadores, las incapacidades por enfermedad común en las fechas y valores que a continuación se indican:

CEDULA	NOMBRE	FECHA INICIO INCAPACIDAD	DIAS A RECUPERAR	VALOR
43855569	FRANCO LOPEZ LUZ MARINA	23/02/2017	1	\$24.591
1037369361	PEREZ HENAO JUAN CARLOS	26/01/2017	4	\$131.148
				\$155.739

III. RESPUESTA DE MEDIMAS EPS S.A.S

El apoderado de MEDIMAS EPS, señaló que su representada no era la legalmente obligada a reconocer y pagar obligaciones causadas cuando no había iniciado operaciones, las cuales claramente eran obligación de CAFESALUD EPS S.A., y que adicionalmente éstas tampoco hacían parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No 2426 del 19 de julio de 2017. Propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva.

IV. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS

Por su parte, el apoderado de CAFESALUD EPS S.A., sostuvo que el sistema HEON AS, registraba que las incapacidades solicitadas se encontraban reconocidas, liquidadas y aprobadas por parte de su representada pero que su pago estaría a cargo de MEDIMAS EPS SAS teniendo en cuenta la medida de urgencia proferida en auto del 26 de octubre de 2017 dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos con radicado 2500023410002016-01314-00 que

cursaba en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección primera – Subsección A.

V. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas por valor de \$122.953, señalando que no existía una controversia a dirimir frente al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones económicas ya que CAFESALUD EPS S.A. había procedido a reconocer y liquidar las incapacidades, destacando frente a la medida cautelar expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que la misma había sido levantada en sentencia del 10 de abril de 2019, por lo que era CAFESALUD EPS S.A. el responsable del pago de las incapacidades, igualmente, refirió que en su momento se había considerado vincular a MEDIMAS EPS, teniendo en cuenta la decisión adoptada por el Tribunal, respecto a la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por MEDIMAS EPS, indicó que si bien la demanda se presentó respecto de CAFESALUD EPS S.A. teniendo en cuenta lo dispuesto en la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, la Superintendencia había aprobado el plan de reorganización empresarial de dicha EPS dando como resultado la creación de una nueva EPS (MEDIMAS SAS) a quien le habían sido cedidos los activos, pasivos, contratos y afiliados, por lo que se encontraba motivada la razón de su vinculación. En razón de lo anterior procedió a liquidar las incapacidades teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 227 del C.S.T. y la sentencia de la Corte Constitucional C-543 de 2007.

VI. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

CAFESALUD EPS, impugnó la decisión, mediante escrito en el que solicitó la revocatoria de la sentencia, teniendo en cuenta que se presentaba una carencia de objeto por hecho superado ya que al realizar auditoría se había evidenciado que la prestación solicitada se había

enviado para pago desde la cuenta del Banco de Bogotá de MEDIMAS EPS S.A.S. el 27 de septiembre de 2018, mediante transferencia bancaria a la cuenta acreditada en dicha entidad bancaria a nombre de JARDINES DEL SOL S.A.S., por valor de \$122.950, trayendo a colación un pantallazo ilegible de la transferencia realizada y adjuntando extractos bancarios.

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

VII. 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 CAFESALUD EPS S.A., debe reembolsar a favor de JARDINES DEL SOL S.A.S, las incapacidades que esta empresa canceló a sus trabajadores.

Para resolver lo planteado en el recurso interpuesto por el apoderado de CAFESALUD EPS S.A., se parte de la sustentación realizada que propone que existe una carencia de objeto por hecho superado ya que la otra demandada MEDIMAS EPS S.A.S, procedió a realizar el reembolso del 27 de septiembre de 2018.

Sobre el particular, la demandada tenía la obligación de haber realizado oportunamente las consultas que solo ahora por vía de la impugnación, cambian el presupuesto factico sobre el cual se profirió la decisión de la Superintendencia, al pretender acreditar el pago de la obligación con un soporte probatorio deficiente, en la medida en que un pantallazo mediante el cual se pretende acreditar de las transacciones que lo acreditan, no dan certeza del mismo y no cumplen con los principios de oportunidad, publicidad y contradicción de la prueba.

Al respecto conviene recordar que la congruencia en materia de las decisiones judiciales, 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 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.

Asimismo, resulta oportuno mencionar que la figura de carencia de objeto por hecho superado, resulta aplicable cuando se cuestiona la vulneración de derechos fundamentales y desaparece la afectación generada, situación que no es la que se analiza en el caso bajo estudio.

En consecuencia, teniendo en cuenta que no se discute la existencia de la obligación reclamada y el recurso de impugnación pretende el reconocimiento del pago de la obligación, sin que pueda considerarse la prueba para su acreditación por las razones expuestas, se confirmara la decisión impugnada, sin perjuicio de que la demandada pueda acreditar en debida forma el cumplimiento de la obligación, en la etapa de ejecución de la sentencia, pero con las formalidades que en materia de prueba garanticen la autenticidad, la publicidad y la contradicción de la misma.

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 18 de mayo 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

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR UNIDAD DE PLANIFICACIÓN RURAL AGROPECUARIA “UPRA” contra MEDIMAS EPS S.A. y CAFESALUD EPS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00627 01

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

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por CAFESALUD EPS S.A., contra el fallo proferido el 11 de marzo de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 3 de junio de 2021 (fl. 54) y remitido el expediente a esta Corporación el 3 de junio de 2021.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La UNIDAD DE PLANIFICACIÓN RURAL AGROPECUARIA - UPRA, pretendió que en su favor se ordenara la transcripción y reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general que le fue expedida a la

servidora FLOR ELIZABETH FLECHAS JIMENEZ por valor de \$355.453, atendiendo lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo del Decreto 1406 de 1999 (Modif. Decreto 2943 de 2013).

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte actora manifestó que el 30 de noviembre de 2016, a la servidora FLOR ELIZABETH FLECHAS JIMENEZ, le fue expedida incapacidad por 5 días por la profesional de la salud de la Clínica Colombia a través del plan de medicina prepagada Colsanitas, no obstante, CAFESALUD EPS S.A., no le recibió la incapacidad sin la historia clínica por lo que el 14 de abril de 2016, radicó en la referida EPS los documentos solicitados para la transcripción y pago, sin embargo, mediante oficio SICSO-CF-4075395 del 1 de diciembre de 2016, se informó que el trámite había sido rechazado por cuanto la incapacidad no cumplía con las normas careciendo de fecha de inicio y fin, razón por la cual se pusieron en contacto con la médica tratante quien corrigió la incapacidad el 18 de enero de 2017, asistiendo nuevamente a radicar ante la oficina de CAFESALUD EPS S.A. el 19 de enero de 2017, sin que se recibiera el trámite en razón a que el plazo para iniciar el proceso de transcripción era de 1 año a partir de la ocurrencia del evento.

III. RESPESTA DE MEDIMAS EPS S.A.S

El apoderado de MEDIMAS EPS, señaló que su representada no era la legalmente obligada a reconocer y pagar obligaciones causadas cuando no había iniciado operaciones, las cuales claramente eran obligación de CAFESALUD EPS S.A. y que adicionalmente éstas tampoco hacían parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No 2426 del 19 de julio de 2017. Propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva.

IV. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS S.A.

Por su parte, el apoderado de CAFESALUD EPS S.A., sostuvo que la incapacidad de la señora FLOR ELIZABETH FLECHAS JIMENEZ, había sido reconocida y liquidada por su representada pero que su pago estaría a cargo de MEDIMAS EPS S.A., teniendo en cuenta la medida cautelar de urgencia dictada en el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos con radicado 2500023410002016-01314-00, que cursaba en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección primera – Subsección A. Propuso la excepción denominada incapacidad a cargo de MEDIMAS EPS.

V. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas por valor de \$355.453, señalando que se encontraba acreditado que la Señora FLOR ELIZABETH FLECHAS JIMENEZ, se encontraba afiliada a salud a CAFESALUD EPS S.A. en calidad de cotizante dependiente de la UNIDAD DE PLANIFICACIÓN RURAL AGROPECUARIA “UPRA”, siendo beneficiaria de los derechos para los cotizantes del régimen contributivo, que era evidente que CAFESALUD EPS S.A., había expedido la prestación económica reclamada tal y como esta misma lo había reconocido al referirse que dicha incapacidad fue otorgada, reconocida y liquidada, de lo que se colegía que se cumplieron los requisitos mínimos para el reconocimiento de manera que el debate se centraba en establecer a quien le correspondía el reconocimiento, así frente a la medida cautelar expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó que la misma había sido levantada en sentencia del 10 de abril de 2019, por lo que era CAFESALUD EPS S.A. el responsable del pago de las incapacidades que se hubieran expedido antes del 1° de agosto de 2017, igualmente, refirió que en su momento se había considerado vincular a MEDIMAS EPS, teniendo en cuenta la decisión adoptada por el Tribunal, respecto a la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por

MEDIMAS EPS, indicó que si bien la demanda se presentó respecto de CAFESALUD EPS teniendo en cuenta lo dispuesto en la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, la Superintendencia había aprobado el plan de reorganización empresarial de dicha EPS dando como resultado la creación de una nueva EPS (MEDIMAS SAS) a quien le habían sido cedidos los activos, pasivos, contratos y afiliados, por lo que se encontraba motivada la razón de su vinculación. En razón de lo anterior y toda vez que se determinó como responsable del pago a CAFESALUD EPS S.A., procedió a liquidar la incapacidad reclamada.

VI. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, impugnó la decisión, mediante escrito en el que expuso que consultada la información en las bases de pagos por incapacidades enviadas por MEDIMAS EPS a CAFESALUD se evidenció que la incapacidad en cuestión había sido compensada por valor de \$254.886 según soporte de pago realizado por MEDIMAS EPS a favor de la señora FLOR ELIZABETH FLECHAS JIMENEZ por concepto de pago de incapacidades desembolso que se liquidó con el IBC de la cotización de \$3.823.059, pago que se realizó con ILM 47010 relación de pagos por transferencia detallada por un proveedor con soporte de pago al banco el día 21 de septiembre de 2018, destacando que también se evidenciaba en la base de pagos que la cotización de la afiliada para noviembre de 2015 ascendía a \$5.332.000, razón por la cual la Superintendencia teniendo en cuenta el IBC del periodo de noviembre de 2015, ordenó el pago de \$355.452, de manera que se presentaba una diferencia entre el valor pagado por MEDIMAS EPS y el liquidado por la Superintendencia a favor de la usuaria ascendente a \$100.567 que es lo que su representada estaría obligada a reconocer para saldar el pago de la incapacidad de la Señora FLOR ELIZANETH FLECHAS y finalizó señalando que mediante Resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019, se ordenó la liquidación de CAFESALUD EPS S.A, proceso que había iniciado el 5 de agosto de 2019, por lo que teniendo en cuenta que el pago de la acreencia se realizaría de conformidad con lo establecido en el Decreto 2555 de 2010, los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006 y el

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, solicita se ordene a la demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatario radicado su acreencia.

VII. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de impugnación interpuesto por el apoderado de CAFESALUD EPS S.A., se parte de la manifestación del recurrente de que la incapacidad deprecada había sido pagada por MEDIMAS EPS S.A.S., en un monto de \$254.886, por lo que solo estaría pendiente el pago de la diferencia ascendente a \$100.567 frente al monto que ordenó el pago la Superintendencia Nacional de Salud, que es lo que refiere su representada estaría obligada a pagar y que se encuentra pendiente de pago. Dicha situación debió haberse expuesto en la oportunidad procesal pertinente adjuntando el debido soporte probatorio, máxime cuando de lo señalado por el recurrente se aprecia que el pago aludido fue efectuado supuestamente con anterioridad a la expedición de la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud, sin que sea posible acoger lo dispuesto por el recurrente en el recurso, pues si se pretendía que se reconociera el pago de la obligación, debió haberse probado el mismo a través de pruebas solicitadas, ordenadas y practicadas oportunamente.

Al respecto conviene recordar que la congruencia de la sentencia está limitada por las pretensiones y hechos planteados en la demanda, 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.

Así las cosas, y dado que no se encontró mérito para atender el recurso presentado por cuanto se reitera en el mismo no se manifestó

desacuerdo alguno contra la obligación a cargo de CAFESALUD la sentencia impugnada será confirmada.

Finalmente, frente a la solicitud que realizó por el apoderado de ordenar a la UNIDAD DE PLANIFICACIÓN RURAL AGROPECUARIA, hacerse parte dentro del proceso liquidatorio que se adelanta ante CAFESALUD EPS S.A., debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en Sentencia C- 089 del 26 de septiembre de 2018, señaló que el procedimiento aplicable para la liquidación de las EPS e IPS, se encuentra contemplado en los Decretos Ley 663 de 1993, Decreto 2418 de 1999, y a la Ley 510 de 1999, aplicables en virtud de remisión expresa de los Decretos 1922 de 1994, Decreto 1015 de 2002, Decreto 3023 de 2002, Decreto 2555 de 2010, y demás normas que modifican y complementan el EOSF y a los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las EPS e IPS les eran aplicables las normas de procedimiento previstas a partir del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto Ley 633 de 1993, modificado por la Ley 510 de 1999, Decreto 2555 de 2010 y demás normas que lo adicionen o complementen.

Así mismo, de la precitada sentencia C-089 de 2018, resultan relevantes los siguientes apartes en los que se explica cómo es el procedimiento para el reconocimiento de acreencias en la liquidación de las EPS e IPS:

“74. A tal efecto, en el proceso liquidatorio el pasivo a cargo de la institución en liquidación se determina de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010 que a partir de su artículo 9.1.3.2.1., normativa que prevé el emplazamiento de todas las personas jurídicas públicas o privadas que consideren tener derecho a formular reclamaciones de pago ante la intervenida, para lo cual deberán aportar prueba sumaria de los créditos.

75. El emplazamiento incluirá el término para presentar las reclamaciones en forma oportuna (lit. b. artículo 9.1.3.2.1. Decreto 2555 de 2010). De manera que con el emplazamiento se advierte que una vez vencido este término el liquidador no tendrá facultad de aceptar ninguna reclamación, y que las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, al igual que las obligaciones no reclamadas, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado. Asimismo, el edicto emplazatorio implica la obligatoria suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta naturaleza. El término para presentar reclamaciones en ningún caso podrá superar un mes, contado a partir de la fecha de publicación del último aviso emplazatorio.

76. Una vez vencido el plazo para presentar reclamaciones, se correrá traslado a los interesados por un término de cinco días hábiles, para que los interesados puedan objetar las reclamaciones presentadas (Artículo 9.1.3.2.3 Decreto 2555 de 2010). Culminada esta etapa, el liquidador determinará las sumas y bienes excluidos, y los créditos a cargo de la masa de liquidación de la entidad. Para ello, dentro de los treinta días hábiles siguientes al vencimiento del término para presentar reclamaciones, el liquidador resolverá las reclamaciones oportunamente presentadas, aceptadas y rechazadas contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de las mismas, su cuantía y la prelación para el pago y las preferencias que la ley establece, de conformidad con el numeral 1 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las reglas generales del Código Civil y demás disposiciones legales aplicables.

77. Dicha decisión es adoptada mediante acto administrativo motivado y notificada por edicto. Contra la resolución que determina las sumas y bienes excluidos de la masa patrimonial en liquidación, así como los créditos a cargo de esta, procede recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes a la desfijación del edicto por el que se notificó la decisión. De los recursos presentados, se correrá el traslado correspondiente a la entidad durante los cinco días siguientes al vencimiento de término de presentación. Una vez notificadas las resoluciones que resuelven los recursos y ejecutoriado el acto mediante el cual se decidió sobre las sumas y bienes excluidos, y se determinaron los créditos a cargo de la masa de la institución financiera en liquidación, se procede a su cumplimiento de forma inmediata.

78. Significa lo anterior que en las normas que rigen el proceso liquidatorio se establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito insoluto, al igual que las condiciones bajo las cuales dicha obligación es reconocida y calificada para su pago.
(Subrayas y negrita fuera de texto)

A su turno el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010, contempla las reglas para el pago de las obligaciones por procesos en curso, en los siguientes términos:

“Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

(...)”

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en el presente asunto la Superintendencia Nacional de Salud, en el fallo expedido en primera instancia determinó que CAFESALUD EPS S.A. hoy en liquidación debía proceder con el reembolso de la incapacidad pagada a la Señora FLOR ELIZABETH FLECHAS JIMENEZ y toda vez que del precedente y normatividad citada se desprende que el proceso liquidatorio es reglado y establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito, la entidad demandante está habilitada para actuar de conformidad con las reglas precedentes, para que si a bien lo tiene, se haga parte en el proceso de liquidación y reclame el pago de la prestación que le fue reconocida por la Superintendencia Nacional de Salud en sentencia del 12 de marzo de 2020, y que se confirmará en esta providencia, sin perjuicio de que la demandada pueda acreditar en debida forma el cumplimiento de la obligación, en la etapa de cobro de la sentencia, pero con las formalidades que en materia de prueba garanticen la autenticidad, la publicidad y la contradicción de la misma.

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 12 de marzo 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

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MAURICIO HOYOS
COCUNUBO contra HELISTAR S.A.S**

RADICADO: 11001 3105 034 2018 00275 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre 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 contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de noviembre de 2020.

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

La apoderada de la demandante, manifestó que en el proceso había quedado probado que el 1° de diciembre de 2007, se suscribió un contrato de trabajo entre las partes devengando un salario de \$1.500.000 y una

prima técnica reconocida en la cláusula novena del contrato como suma que no constituía factor prestacional, aunado a lo anterior refirió que en el expediente no obraba prueba alguna que acreditara que a lo largo de la relación contractual se hubiera suscrito un otrosí que revocará el reconocimiento y pago de la prima técnica, igualmente de los desprendibles de nómina se podía observar que los pagos se realizaban de manera mensual y que en la certificación expedida por la compañía demandada el 18 de abril de 2017, se leía el reconocimiento de primas extralegales no constitutivas de salario, una prima técnica y una prima de equipo, también refirió que en la contestación de la demanda se podía observar que la empresa no desconocía que hubiesen realizado pagos tanto de prima técnica como de prima de equipo durante el tiempo de servicio del señor HOYOS COCUNUBO, que en lo que se hacía énfasis tanto en la contestación de la demanda como en los interrogatorios era que dichos dineros no eran factor salarial, por lo que contrario a lo afirmado por el A quo si era posible verificar la periodicidad del pago de las primas, el valor y el tiempo de causación y el objeto de la misma, pues bastaba con revisar los documentos suscritos por las partes, la certificación laboral y los comprobantes de nómina aportados, de maneta que si era procedente el reconocimiento y pago de las acreencias laborales utilizando al valor de las primas. Respecto de la indemnización moratoria señaló que ésta era procedente en la medida en qué si se partía del hecho que existían las primas que eran constitutivas de salario y no fueron base para la liquidación de las prestaciones sociales se evidenciaba un actuar doloso del empleador que buscaba evitar el pago completo de aportes a la seguridad social siendo procedente la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Finalmente solicitó respecto al despido indirecto qué se confirmara la decisión sin embargo que se reajustara el valor ordenado teniendo en cuenta que se desconocieron las bonificaciones constitutivas de salario como factor liquidatorio.

Por su parte, el apoderado de la demandada señaló que en ningún momento se evidenció y demostró por parte del demandante que la terminación del contrato ocurrió por causa imputable al empleador, todo lo contrario, ya que el acervo probatorio demostraba que el demandante

presentó renuncia voluntaria al cargo el 18 de abril de 2017, qué equivocadamente el A quo infirió que la renuncia se motivó por la pérdida de licencia médica cometiendo un error en su análisis toda vez que la renuncia fue presentada el 18 de abril de 2017 y la pérdida de la licencia médica se dio en el año 2014, resultando improcedente invocar como causa generadora de la renuncia un hecho acaecido 3 años atrás, que además había quedado demostrado tanto en los testimonios presentados por la demandada así como en la misma confesión realizada en el interrogatorio de parte del actor que el motivo de su renuncia se estableció en razón a la decisión de tomar una oportunidad laboral en el exterior para la fecha de abril de 2017, que la juez de primera instancia impuso una condena sobre la base de una causal que no fue probada ni debatida en el proceso, pues en las pretensiones de la demanda no se solicitó por el demandante que se declarara la existencia de un despido sin justa causa y durante el debate probatorio no se probó la existencia de las causales o sucesos para que se presentará el mismo, además resaltó que se condenó a la demandada sin la existencia de argumentos objetivos al imponer la condena por la supuesta desatención frente a la situación presentada por el demandante como consecuencia del accidente de trabajo y la negligencia o falta de seguimiento para con el señor HOYOS, ya que se había demostrado que el evento presentado no se trató de un accidente de trabajo y que la empresa dio estricto cumplimiento de sus obligaciones y demostró siempre su atención y diligencia en lo que su responsabilidad le asistía, pues su representada siempre fue diligente en sus actuaciones de carácter laboral y de seguimiento apoyo y rehabilitación al caso médico del actor cómo se podía evidenciar con las documentales tales como los exámenes médicos periódicos y de retiro y de las comunicaciones de entidades de la seguridad social atinentes al señor hoyos y que no tuvo incidencia en el proceso directo de reconocimiento de pensión de invalidez ya que el demandante nunca probó ni llevó al conocimiento al a quo que la empresa tuviera responsabilidad en estos hechos por razón de que el trámite referido era netamente propio del señor hoyos más no de su empleador cómo lo mencionó la juez en la audiencia en donde aludió que el hecho generador de ese debate era de origen común y sin fecha de estructuración, así

concluye que al no existir una desatención en la situación derivada de un accidente de trabajo pues lo que se presentó fue una contingencia de origen común no existían fundamentos fácticos ni en derecho para imponerle una condena dado que frente a situaciones de enfermedad general de sus colaboradores no le asistía diligencia diferente a la que cumplió y en ese mismo sentido desaparecían los argumentos para una condena en costas.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarara que entre él y HELISTAR SAS existió un contrato de trabajo que finalizó por causa imputable al empleador y en consecuencia se pagarán las siguientes sumas por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones: \$18.000.000 por concepto de vacaciones; \$25.000.000 por concepto de prima de servicios; \$5.000.000 por concepto de intereses a las cesantías; \$25.000.000 por concepto de intereses a las cesantías; \$25.000.000 por concepto de prima de servicios; \$50.000.000 por concepto de indemnización por terminación del contrato imputable al empleador y a la indemnización moratoria de qué trata el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, así como, solicitó el pago del equivalente de la pensión de invalidez de carácter profesional.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el 1° de noviembre de 2007 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada para desempeñar el cargo de técnico nivel I en la especialidad de sistemas electrónicos, que posteriormente desempeñó otros cargos de tal suerte que el 24 de septiembre de 2013, suscribió otrosí para desempeñarse como copiloto en transición de helicópteros, no obstante, refirió que el 22 de octubre de 2013, presentó enfermedad profesional que le implicó una pérdida de capacidad auditiva y una disminución de su capacidad laboral, a raíz de lo cual la demandada procedió a removerlo del cargo y asignarlo en uno de menor rango desmejorando su ingreso e iniciando presiones en materia de horario, no reconocimiento pleno de prestaciones sociales e indebida liquidación laboral y así el 1° de octubre

de 2014 se suscribió el otrosí para desempeñarse como técnico nivel II especialista en sistemas electrónicos, que le empezaron a hacer descuentos de \$1.000.000 en razón a que la compañía estaba pasando por una difícil situación económica y que ante las constantes presiones y errores administrativos se vio obligado a presentar la carta de renuncia.

De igual forma, indicó que el 2 de noviembre de 2013, se realizó el diligenciamiento y radicación del informe de accidente laboral, al que se dio respuesta por la ARL SURA el 5 de noviembre de 2013, mediante informe dirigido a la jefe de HSE, en el que se concluyó que la lesión presentada no era consecuencia del evento reportado y que tanto el trabajador como el empleador tenían 10 días para exponer las controversias a través de los recursos previstos en la ley, no obstante, la jefe de HSE no le informó sobre dicho informe y omitió realizar el trámite dentro del término establecido.

Como fundamento normativo, citó los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 74 y siguientes del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Ley 100 de 1993, los artículos 11 y 12 del Decreto 1282 de 1994 y el Decreto 1507 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

HELISTAR SAS, dio contestación a la demanda como aparece a folios 123 y siguientes, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones refiriendo que entre las partes existió contrato de trabajo con los siguientes extremos entre el 1° de diciembre de 2007 al 18 de abril de 2017, terminándose el mismo por decisión unilateral del demandante, respecto al pago de prestaciones sociales y vacaciones señaló que se habían pagado en forma completa atendiendo lo establecido contractualmente, respecto al pago de la indemnización por terminación imputable al empleador refirió que no existían soportes que acreditaran fallas o irregularidades en el cumplimiento de sus obligaciones máxime que las razones de la renuncia se fundamentó en una mejor oferta laboral, tratándose de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. indicó

que se realizó en término la liquidación y pago de los salarios y prestaciones sociales, en tanto que se canceló la misma de acuerdo al tiempo que por procedimientos de la empresa y del mismo demandante se gestionó, también destacó que a la firma del contrato se estableció como sería la prestación del servicio y la paga y que para poder proceder con el pago de la liquidación se debía adelantar el proceso de paz y salvo y respecto al pago de la pensión de invalidez manifestó que era errónea la interpretación del demandante al endilgarle responsabilidad a HELISTAR SAS, refiriendo que le había quitado la posibilidad de que se le reconociera la pensión de una presunta enfermedad laboral pues en el oficio de la ARL SURA del 5 de noviembre de 2013 se indicó que la lesión no correspondía al evento reportado ya que no se había identificado un factor de riesgo suficiente que guardara relación de causalidad con la lesión, por lo que lo pretendido estaba fuera de contexto máxime que la competencia para el reconocimiento de una pensión como la solicitada la tenía la ARL o la Administradora del Fondo de Pensiones del Régimen Pensional de aviadores civiles si fuera el caso derecho que debía ser solicitado por el demandante y no por la empresa. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de obligación laboral por pago total de las sumas causadas durante la vigencia del contrato, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para que se le reconozca un derecho a Mauricio Hoyos Cocunubo por parte de Helistar SAS, buena fe del demandado, mala fe del demandante y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre MAURICIO HOYOS COCUNUBO y la SOCIEDAD HELISTAR S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 diciembre de 2007 al 18 de abril de 2017, el cual se dio por terminado por justa causa imputable al empleador.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD HELISTAR S.A.S., a pagar a favor de MAURICIO HOYOS COCUNUBO la suma de **\$13.203.250**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada SOCIEDADHELISTAR S.A.S., de las pretensiones incoadas en su contra por MAURICIO HOYOS COCUNUBO.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada; inclúyase en la liquidación de costas la suma de **1 SMLMV** M/cte., valor en que se estiman las agencias en derecho.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que no existía controversia que entre las partes existió una relación laboral, que la diferencia existía respecto de los extremos temporales, los cuales resultaban acreditados con las documentales allegadas al proceso tales como el contrato de trabajo, liquidación final de prestaciones sociales, certificación laboral y lo señalado en los interrogatorios de parte rendidos por el demandante y el representante legal de la demandada, se tenía que la relación laboral tuvo vigencia entre el 1° de diciembre de 2007 al 18 de abril de 2017.

Previo a resolver sobre la procedencia de la reliquidación de las prestaciones sociales, se analizó la excepción de prescripción indicando que si bien obraba constancia de comparecencia del demandante ante el Ministerio del Trabajo el 2 de noviembre de 2017, la cual tenía como objeto la reliquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones derivadas del despido sin justa causa, no se había encontrando prueba de la notificación que hubiese hecho el convocante ante su ex – empleador, lo cual sumado a que la pasiva no se hizo parte en la audiencia y que en la contestación de la demanda la empresa HELISTAR SAS manifestó no constarle la radicación de la solicitud de dicha audiencia ni celebración de la misma, condujeron a que no se interrumpiera la prescripción, figura que no se contabilizaría para el caso de las cesantías pero si operaría la prescripción parcial para los conceptos restantes reclamados, en tanto que la demandada se presentó dentro de los 3 años siguientes a la fecha de terminación del contrato (18 de abril de 2017) y dado que la fecha del acta de reparto era del 29 de mayo de 2018, la fecha limite de causación válida era el 29 de mayo de 2015, quedando prescritas las prestaciones causadas con anterioridad.

Respecto al reconocimiento del salario real devengado y la reliquidación de prestaciones sociales, se remitió a la cláusula 9 del

contrato y a los párrafos establecidos en la misma, luego acudió al otrosí a través el que se pasó a técnico nivel II que de acuerdo con las manifestaciones de las partes (se había suscrito el 25 de abril de 2008), no obstante, se indicó que de este solo era posible constatar la modificación del cargo a desempeñar faltando las demás condiciones pactadas ya que había sido aportado en forma incompleta y frente al segundo otrosí pactado en el que la parte actora señaló que como salario se estipuló la suma de \$1.596.150 con prima técnica de \$800.000 y prima de equipo de \$800.000, no se allegó medio probatorio que demostrara las condiciones allí pactadas, señalando que al no haberse incorporado de manera completa los documentos de los que se derivaba las reclamaciones de reliquidación se tenía la carga probatoria no había sido asumida en su integridad, adicionalmente, destacó frente al otrosí del 24 de septiembre de 2013, que las partes acordaron modificar al cargo de copiloto en transición MI teniendo como condición la evaluación de desempeño durante tres turnos de comisión en donde debía cumplir con chequeos de horas requerimiento del RSA y del MG de la compañía, luego de los cual se realizaría el nombramiento en propiedad y se realizarían los ajustes de las condiciones salariales, sin embargo, de lo señalado por el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte, los testimonios rendidos por los señores Rafael Hernández Rivera y Carlos Fabian Becerra, quienes fueron contestes en señalar que el demandante solo pudo realizar un turno como observador y no como copiloto no cumplió con los 3 turnos requeridos no finalizó la transición para desempeñarse como copiloto, aspecto que también se reconoció por el demandante en su interrogatorio en donde indicó que pudo hacer un turno, lo cual además se corroboraba con las actas de vuelo, por lo que las condiciones salariales pactadas no sufrirían modificación hasta que no se cumplieran lo estipulado en el otrosí, entendiéndose que las estipuladas en el contrato se mantendrían incólumes. Finalmente, señaló respecto del otrosí del 1 de junio de 2014, que se advirtió que se modificó el cargo del demandante al de Técnico nivel II especialista sistemas electrónicos dejando sin modificación las demás cláusulas del contrato y que en la certificación laboral expedida del 18 de abril de 2017, se indicaba este cargo como el ultimo desempeñado por el actor, devengando

la suma de \$2.004.542 y prima de equipo de \$875.446 condicionada a las asignaciones de servicio y prima técnica por \$875.446, destacando que la parte actora no desconoció que le fueron pagadas estas primas sino lo que se pretenden es la reliquidación de las primas y la suma de \$1.000.000 señalado frente a esta última que no obra prueba del origen de esta y su causación, así trajo a colación lo dispuesto en los artículos 127 y 128 del C.S.T. así como diversos pronunciamientos de la corte concluyendo que en lo que respecta a la prima de equipo, se tiene en el plenario que no por a prueba alguna de los periodos de causación, como tampoco que el demandante hubiera efectuado reclamo alguno por este concepto en lo que atañe a la prima técnica y si en gracia de discusión, se admitiera que la misma era constitutiva de salario ya que la misma se otorgaba para el buen desempeño de sus funciones, lo cierto era que de las pruebas allegadas al plenario no era posible para el despacho determinar el valor específico, los periodos de causación con los cuales el despacho lograra realizar una posible reliquidación a efectos de determinar lo pagado por la ex empleadora y lo realmente devengado y efectivamente proceder a la reliquidación de las prestaciones sociales o las posibles diferencias entre lo pagado y lo dejado de reconocer, pues se carece de toda fórmula matemática posible y no existía en el expediente medio de prueba irrefutable que lograra clarificar la aplicación de la cuantía y la periodicidad en que tal emolumento fue percibido, como podrían ser eventualmente aportar todos y cada uno de los desprendimientos de nómina, en consecuencia, para el despacho no era posible recurrir a un ejercicio abstracto del derecho y, en consecuencia, proceder sin mayor información a concretar el valor de la reliquidación, así al no incorporar al plenario elementos de convicción que permitieran establecer fehacientemente el valor, el objeto, la periodicidad del reconocimiento de esta prima y los rubros causados y dejados de pagar, no se hacía posible para el despacho acceder a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre sumas abstractas.

En consideración de lo anterior y toda vez que no se advirtió monto alguno que fuera adeudado al demandante y obrando la liquidación de

prestaciones sociales a la cuenta informada por el demandante no procedía el reconocimiento de la indemnización moratoria reclamada.

Frente al pago de la pensión de invalidez reclamada con ocasión de la omisión del empleador de informar al demandante lo comunicado por la ARL SURA respecto a que el evento informado no guardaba relación con un accidente de trabajo por lo que no pudo ejercer los derechos correspondientes limitando así la consecución del derecho pensional, para resolver se acudió al artículo 21 y 91 del Decreto 1295 de 1994, así como a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 776 de 2002, refiriéndose que en este caso se encontró que el demandante estaba afiliado a ARL y de lo señalado en el dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de invalidez, decretado como prueba por el despacho, se tenía que al demandante fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 21,20% de origen común y si fecha de estructuración, lo que no permitía ubicar la afectación de salud del demandante en el tiempo ni en la responsabilidad del empleador en el suceso y como no obraba prueba de la controversia en el debate probatorio no le quedaba mas al despacho que aplicarle presunción de legalidad.

Frente a la solicitud del pago de la indemnización por despido indirecto, se indicó que efectivamente el demandante había reportado el evento ocurrido el 22 de octubre de 2013, pero que la empleadora solo lo reportó hasta el 22 de octubre de 2013, obteniendo respuesta el 5 de noviembre de 2013, de cuyo contenido se advertía que se notificaba al demandante como trabajador se apreciaba que la demandada debía haberle entregado al trabajador en forma oportuna esa comunicación sin que se hubiese acreditado esa carga por la demandada, de lo que coligió que no podría inferirse que la demandada hubiese sido diligente con las obligaciones en torno a la protección y cuidado a la salud de sus trabajadores y que debido a la pérdida auditiva le fue suspendida la licencia médica de piloto lo que fue corroborado por la testigo María Fernanda Valbuena (Ing, Industrial de la demandada) quien además indicó que el trabajador fue direccionado a la EPS para su tratamiento y seguimiento, concluyendo así que la demandada no realizó un debido

seguimiento de apoyo y readaptación del trabajador desde el momento en que se presentó el evento., por lo que se condenó al pago de la indemnización reclamada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada del demandante, fundamentó su oposición en dos ítems, el primero de ellos respecto al reconocimiento de los factores salariales, aduciendo que había que revisar el contenido de los artículos 127 y 128 del C.S.T. y la sentencia SL.1798-2018, que hablaba del carácter retributivo de este tipo de bonificaciones, en donde se indica que los incentivos sin incidencias salarial deberían ser establecidos en un régimen que no era el caso de las bonificaciones otorgadas al demandante, pues éstas fueron reconocidas al margen o por fuera de una reglamentación producida por el empleado, señalando que si bien podían existir clausula de exclusión la Corte había sido clara en que ello era posible solo si estuvieran reglamentadas, refiriendo además que el caso bajo análisis había unos extremos definidos de la relación el primero en el contrato de trabajo en donde había una bonificación y otro a la terminación del contrato en donde se advertía que el demandante tenía 2 primas una prima técnica y prima de equipo, ninguna de las cuales tenía reglamentación cayendo así en el contenido del artículo del 127 del C.S.T. y que de acuerdo con lo indicado en sentencia SL3272-2018, un pago seguiría siendo salarial si se cumplían las condiciones previstas en la ley ya que se imponía la realidad sobre las formas, afirmando que se la había dado primacía a una formalidad respecto a lo que decía el contrato sin verificar que el dinero si entraba a las cuentas del señor Mauricio tal y como se hizo allegar en los extractos bancarios y toda vez que no existía un régimen de bonificaciones, siendo la carga de la prueba dinámica en el sentido que la demandada debía acreditar que si tenían un régimen de desalarización.

Aunando a lo anterior, el otro cuestionamiento se predica respecto del valor en que se pagó la indemnización por despido indirecto, en la medida

en que no se reconocieron las primas, ya que ello impactaba en el salario real que devengaba su representado, además, que no se hablaba de la mora, pues al haberse generado un despido indirecto se tendría que habría una culpa o dolo en el mismo y por tanto procedía la indemnización a la terminación del contrato si el empleador no pagaba salarios y prestaciones sociales y como no se pagó la indemnización en su momento sino hasta ahora resultaba procedente.

Por su parte el apoderado de HELISTAR SAS, indicó que su cuestionamiento se centraba respecto a la condena por indemnización por despido injusto, en la medida en que no se contaba con un fundamento legal y probatorio conducente a esta condena, pues no se demostró que hubiere mala fe de parte de la demandada, refiriendo que el demandante presentó renuncia de carácter voluntaria al cargo que venía desempeñando porque tenía intereses de carácter personal pues se fue a trabajar a Arabia Saudita, estando probado que este se fue a dicho país 13 días después de haber renunciado, resaltando que a ninguna persona en el mundo la contrataban en 13 días, de manera que el demandante venía haciendo su proceso de selección desde antes. Aunado a ello, solicita tener en cuenta la mala fe con la que actuó el demandante pues tenía una incapacidad por enfermedad general con la que pretendió demostrar la existencia de un accidente de trabajo y frente a la cual el Aquo falla diciendo que se desatendió una situación derivada de un accidente de trabajo pero la incapacidad que se presentó la obtuvo de la Cruz Roja el 1° de noviembre de 2013 y la presentó ese día al llegar a la oficina diciendo que era un accidente de trabajo, reportándose el accidente al día siguiente no por negligencia de la empresa sino porque no estaba probado que el demandante hubiese reportado el día 22 de octubre un accidente de trabajo ni en ninguna parte, pues no estaba acreditado que el comandante de la base donde estaba el demandante hubiese notificado un accidente, además, que en todo caso dentro de las atribuciones que tenía el empleador estaba reportar extemporáneamente situaciones que fueran generadas por accidentes de trabajo hasta 8 días después con la finalidad de evitar que se queden fuera del sistema de seguridad del sistema de protección social siendo preferible reportar un

incidente que no sea accidente para proteger al empleado, por lo que la empresa fue diligente, además, resaltó que se aportó la prueba de la investigación del accidente que tuvo en cuenta el A quo para absolver de la petición de la pensión, informe que era contundente en demostrar que no había sido un accidente de trabajo, por lo que el derecho a debatir el informe de la ARL por parte del empleador y empleado que fue la negligencia que se atribuyó a la empresa atendiendo a lo señalado en éste no le era dable estar en desacuerdo máxime cuando la incapacidad y el informe indicaban que se trataba de una enfermedad general y que su representada si le había dado cumplimiento al sistema de seguridad y salud en el trabajo, pues la empresa le hizo seguimiento mediante exámenes médicos ocupacionales e hizo examen con énfasis de altura para determinar si podía continuar con la actividad de técnico nivel II y también realizó los exámenes médicos de retiro, lo envió a examen por incapacidad y a seguimiento anual, por lo que la falta de diligencia de la empresa no existía, enfatizando que de donde mas mala fe se advertía del demandante era el iniciar un proceso laboral para conseguir una calificación de invalidez desconociendo las normas que establecían el procedimiento de carácter administrativo.

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 resultaba viable reliquidar las prestaciones sociales del demandante teniendo en cuenta como factores salariales la prima técnica y la prima de equipo, así como, si era procedente el pago de la indemnización por despido indirecto y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. ante el no pago de los conceptos antes mencionados a la terminación del contrato.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre HELISTAR SAS y MAURICIO HOYOS COCUNUBO, existió un contrato individual de trabajo a término indefinido a partir del 1° de diciembre de 2007 (fl. 16-20); ii) que el último

cargo desempeñado por el demandante al servicio de la demandada fue el de TECNICO NIVEL II ESPECIALISTA EN SISTEMAS ELECTRICOS (fl. 36); iii) que el último salario básico devengado por el mismo ascendió a \$2.004.542 (fl. 36) y iv) que la relación laboral sostenida entre las partes finalizó el 18 de abril de 2017 (fl. 30), lo cual se acredita con las documentales allegadas al expediente y toda vez que frente a estos puntos no existió cuestionamiento en la decisión del A quo.

Precisado lo anterior, se aprecia que el reparo realizado por la apoderada de la demandante se fundamenta en que no prosperó la solicitud de reliquidación de prestaciones sociales estando acreditados los extremos de las primas y que su pago no estaba asociado a alguna reglamentación de bonificaciones en la demandada, por lo que estima que resultaban procedentes.

En torno a lo que constituye o no factor salarial resulta pertinente recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL5159-2018 con radicación No. 68303, en donde indicó:

“(…)

3. 2. CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.

(...)

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

(...)

Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018)

(...)»

De conformidad con la jurisprudencia citada se tiene que será salario todo aquello que se reciba como contraprestación directa del servicio independientemente de la denominación que se le dé y aun cuando se excluya su incidencia salarial, debiendo tener en cuenta que las cláusulas de exclusión como son una excepción deben ser claras, precisas y detalladas en los rubros señalados sin que se permitan cláusulas globales o genéricas.

Precisado lo anterior y descendiendo en el análisis se observa que como documentales relevantes se allegó copia del contrato de trabajo suscrito entre las partes, visto a folio 16 del plenario y siguientes, el cual en su cláusula 9 contempla lo siguiente:

“NOVENA: SALARIO. - *HELISTAR LTDA contrata al trabajador para desempeñar el cargo de TÉCNICO NIVEL I ESPECIALISTA EN SISTEMAS ELECTRÓNICOS, con un salario básico mensual de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1.500.000,00).* **PARÁGRAFO 1.-** *Adicional al salario EL TECNICO recibirá mensualmente la suma de OCHOSCIENTOS MIL PESOS (\$800.000) como prima técnica.* **PARÁGRAFO 2.-** *Tanto HELISTAR LTDA como EL TÉCNICO dejan expresa constancia que el valor de la prima técnica a qué se refiere el PARÁGRAFO 1 de esta cláusula no constituye salario ni factor del mismo para la liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones de cualquier carácter laboral.”*

Así mismo, se allegó la primera página del otrosí a través del cual aparentemente se realizó la modificación del cargo y salario como TÉCNICO NIVEL I ESPECIALISTA EN SISTEMAS ELECTRÓNICOS al de TÉCNICO NIVEL II ESPECIALISTA EN SISTEMAS ELECTRÓNICOS (fl. 21), no obstante, no se aportaron las páginas siguientes de este documento, el cual de acuerdo con lo señalado en las consideraciones establecidas en la única página aportada tendrían las disposiciones relativas al salario, igualmente, carece de fecha y suscripción de las partes.

También, se aportó el otrosí suscrito entre las partes el 23 de septiembre de 2013 (fl. 22 y ss), del que se desprende que el cargo que se venía ejerciendo como TECNICO NIVEL II ESPECILISTA EN SISTEMAS ELECTRONICOS pasaría al de COPILOTO EN TRANSICIÓN DE HELICÓPTEROS MI, modificándose la cláusula 1 en los siguientes términos:

“PRIMERA. - EL EMPLEADOR contrata los servicios de EL EMPLEADO para el desempeño de las funciones de COPILOTO EN TRANSICIÓN DE HELICÓPTEROS MI (...).

PARÁGRAFO 1.- EL EMPLEADOR y EL EMPLEADO de común acuerdo aceptan que para optar por el cargo de copiloto en propiedad se establece como condición de evaluación de desempeño durante tres (3) turnos de comisión en los que deben cumplir con chequeo de horas y requerimientos del RAC y del MGO de la compañía. Una vez cumplida esta condición se realizará el nombramiento del cargo en propiedad y cierre y se realizarán los ajustes correspondientes a las condiciones salariales del cargo como copiloto.

En este otrosí, además se adicionó la cláusula 14 en donde se contempló lo relativo a la licencia de copiloto de helicópteros PCH que debía obtener el demandante para ejercer el cargo de COPILOTO EN TRANSICIÓN DE HELICOPTEROS MI y se indicó que las demás cláusulas

del contrato no sufrirían modificación, es decir, que en dicha modificación contractual no se hizo alusión alguna al tema de salario y/o primas o bonificaciones.

Igualmente, se allegó otrosí suscrito entre las partes el 1° de junio de 2014 (fl. 26), en el que se modificó el cargo que se venía desempeñando como COPILOTO EN TRANSICIÓN DE HELICOPTEROS MI al de TECNICO NIVEL II ESPECIALISTA EN SISTEMAS ELECTRONICOS, modificándose la cláusula 1 en los siguientes términos:

“PRIMERA.- EL EMPLEADOR contrata los servicios de EL EMPLEADO para el desempeño de las funciones de TECNICO NIVEL II ESPECIALISTA EN SISTEMAS ELECTRONICOS (...).”

En el mencionado otrosí, también se modificó la cláusula 14 en el sentido que para la iniciación de labores se requería presentar licencia TEEI para ejercer el cargo de TECNICO NIVEL II ESPECIALISTA EN SISTEMAS ELECTRÓNICOS, y se indicó que las demás cláusulas del contrato no sufrirían modificación, de tal suerte que en esta modificación tampoco se hizo alusión al salario o al pago de primas y/o bonificaciones.

Finalmente, dentro de las documentales relevantes se advirtió certificación laboral expedida el 18 de abril de 2017 (fl. 36), en la que se certificaron los extremos de la relación laboral, el último cargo desempeñado y salario devengado por el demandante (\$2.004.542), estipulándose además que el Señor HOYOS COCUNUBO, recibía como primas extralegales no constitutivas de salario, prima de equipo por valor de \$865.446. valor variable condicionada a las asignaciones de servicio y prima técnica por valor de \$865.446.

Sobre este punto objeto de cuestionamiento, el representante legal de HELISTAR SAS en el interrogatorio de parte rendido, al preguntársele por el objeto de la prima de equipo y la prima técnica indicó que la primera se concedía al personal al que se le otorgaba un equipo sobre el que pudiera trabajar y la segunda se concedía cuando salía una comisión se reconocía un valor adicional para que se tuviera lista en forma más rápida la aeronave, señalando que se otorgaba por la productividad con que se

sacara más rápido el trabajo, por su parte la testigo SANDRA MILENA LIZARÓ PEÑA (Jefe de nómina de HELISTAR desde el año 2015), indicó en su declaración que el demandante recibía un salario básico y recibía 2 primas una prima técnica y una prima de equipo, a su turno el testigo, RAFAEL HERNÁNDEZ (Director de mantenimiento hacia 6 meses pero 7 años atrás había trabajado como jefe de ingeniería y había ingresado como técnico avionico) indicó que al demandante recibía una remuneración básica y una prima de productividad que se pagaba por días laborados.

De las anteriores pruebas si bien se extracta que el demandante a la suscripción del contrato se le reconoció una prima técnica y al finalizar la relación laboral se le pagaban dos primas, una prima técnica y una prima de equipo de cuyos rubros dieron cuenta el representante legal (ambas primas) y el testigo Rafael Hernández (prima técnica), su destinación no se encuentra plenamente detallada en los documentos que las contemplan (contrato de trabajo cláusula 9 y certificación laboral del 18 de abril de 2017), impidiendo establecer su destinación específica lo cual en principio conduciría a determinar su reconocimiento como salarial, no obstante, no puede pasarse por alto que de las documentales allegadas y lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido así como lo señalado por los testigos mencionados, no es posible establecer los tiempos y valores en que las primas fueron reconocidas durante la relación laboral, toda vez que no se allegaron los comprobantes de nómina que así lo acreditaran, resultando necesarios en la medida en que aunque en el contrato de trabajo se contempló la prima técnica, en el otrosí que se aportó incompleto que parecería ser el suscrito el 25 de abril de 2008¹ (TECNICO NIVEL II ESPECIALISTA EN SISTEMAS ELECTRÓNICOS) en la única página que se allegó de éste se indicó en las consideraciones que se modificaba la cláusula 9, cláusula que contemplaba el salario y la prima técnica reconocida, impidiendo determinar que ocurrió con la prima contemplada en el contrato, esto es, si se modificó, suprimió, entre otras

¹ conforme se desprende de lo señalado en las consideraciones del ultimo otrosí suscrito entre las partes 1° de junio de 2014, en la medida que en estas se hace alusión al referido otrosí (25 de abril de 2008) como el que se suscribió al cambiar el cargo a TECNICO NIVEL II ESPECIALISTA EN SISTEMAS ELECTRONICOS.

y en los demás otrosíes suscritos no se realizó modificación al salario y/o primas, por lo que se desconoce los fechas en que las primas que se señalan en la certificación laboral se causaron, lo cual en todo caso no es posible establecer de los comprobantes de nómina de los meses de mayo y junio de 2014, que fueron allegados por la demandada (fl. 126), por cuanto estos solo acreditan que fueron cancelados en estos meses.

Lo anterior, tampoco es posible de establecer de los extractos bancarios que fueron allegados (fl. 194 y ss del expediente), pues en estos solo se registra concepto pago nómina de lo que es imposible establecer que pago se realiza a título de salario, prestaciones sociales, vacaciones, incapacidades, primas, entre otros, razón por la cual no se advierte el error aducido al fallo del a quo y en esa medida se confirmara el mismo, en lo relativo a la reliquidación de prestaciones sociales e indemnización moratoria reclamada con ocasión a estas.

Por su parte, el apoderado de la demandada HELISTAR solicita que sea absuelto de la indemnización por despido indirecto que le fue impuesta al considerarse que había falta de diligencia en la protección y cuidado de la salud de sus trabajadores, señalando de un lado que la renuncia del demandante obedeció a razones personales con motivo de una nueva oportunidad laboral que se le presentó al mismo en Arabia Saudita y que se encontraba acreditada su debida diligencia pues el accidente se reportó al día siguiente que se reportó por el demandante, que no había lugar a estar en desacuerdo con que la lesión no derivada de un accidente de trabajo ya que la incapacidad allegada y el informe indicaban que se trataba de una enfermedad general y que su representada si había dado cumplimiento al Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo, pues la empresa le hizo seguimiento mediante diversos exámenes al trabajador

Al respecto se observa que a folio 29 del expediente obra carta de renuncia motivada presentada por el demandante de fecha 17 de abril de 2017, en la que en uno de sus apartes se señaló como fundamento de la misma lo siguiente:

(...) durante el tiempo de trabajo al servicio de HELISTAR SAS y cuando se me presentó una pérdida significativa de la capacidad laboral por el daño generado a mi oído, que se originó y evolucionó como enfermedad profesional, la empresa no me reportó la comunicación que la ARL le remitió, lo que condujo, por una parte, a pasar del cargo de piloto de helicóptero al cargo de técnico, y por la otra, a privarme seguramente de una pensión de invalidez que hubiese sido para mi un sustento con ocasión de la disminución de la capacidad de volar.”

Renuncia que fue aceptada por la demandada en comunicación de fecha del 17 de abril de 2017, a partir del 18 de abril de 2017, sin realizar ningún pronunciamiento frente los diversos motivos aducidos.

Ahora bien, el testigo Rafael Hernandez, en su declaración indicó que renunció a HELISTAR S.A.S el 5 de abril de 2017, porque se fue a trabajar a Arabia Saudita y que estando allá se encontró con el demandante quien había ingresado a trabajar para la misma empresa y proyecto, refiriendo que su proceso de selección había durado 3 semanas, pero que tuvo conocimiento de otras personas que duraron hasta 2 meses, sin embargo, debe indicarse desde ya que el hecho de buscar nuevos horizontes laborales per se no desvirtua las razones aducidas en la carta.

Igualmente, se advierte que el demandante en el interrogatorio de parte vertido indicó que había puesto en conocimiento de la triuplación la situación presentada el 22 de octubre de 2013, cuando perdió subitamente la audición, que reportó telefonicamente a la señora Andrea encargada de HSE en la compañía y que fue atendido en Paz de Ariporo y Yopal por dicha afectación y posteriormente en Bogotá, sin embargo, no logró acreditarse tal situación, pues respecto a la atención dada en los municipios de Casanare refirió en el mismo interrogatorio que de las mismas no contaba con soporte documental, auando a ello, en el informe del accidente de trabajo diligenciado por la demandada ante la ARP SURA el 2 de noviembre de 2013, a traves del cual se reportó el accdiente ocurrido respecto del trabajador MAURICIO HOYOS COCUNUBO el 22 de octubre de 2013, en el municipio de Fortul – Arauca, se señaló en parte del cuerpo afectada otro “PERDIDA DE LA AUDICIÓN” y en mecanismo o

forma del accidente otro “EXPOSICIÓN A RUIDO” y en la descripción del accidente lo siguiente *“EL FUNCIONARIO SE ENCONTRABA REALIZANDO SUS ACTIVIDADES NORMALES DE LA OPERACIÓN Y DE UN MOMENTO A OTRO SENTIÓ QUE NO ESCUCHABA POR EL OIDO IZQUIERDO”* y también se señaló que no hubo personas que presenciaron el accidente, adicionalmente, se observa que en el formato de INVESTIGACIÓN DE INCIDENTES Y ACCIDENTES DE TRABAJO PARA EMPRESAS AFILIADAS A ARP SURA RESOLUCIÓN 1401 DE 2007, de fecha 8 de noviembre de 2013, se señaló en las observaciones de la empresa en el numeral 2 lo siguiente: *“el trabajador reportó el evento una vez terminó su asignación de manera extemporánea”*.

Sobre el asunto también rindió testimonio la Señora MARIA FERNANDA GIRALDO (HSE HELISTAR SAS), quien indicó que cuando ingresó a la compañía respecto del demandante había un evento reportado el 02 de noviembre de 2013 con ocurrencia el 22 de octubre de 2013, registrando pérdida súbita de audición oído izquierdo, que el demandante tuvo un turno del 22 de octubre de 2013 al 29 de octubre de 2013, se le expidió incapacidad por 9 días a partir del 1 de noviembre de 2013, que no se reportó por ninguna de las tripulaciones trauma acústico padecido por el demandante y que el seguimiento que se realizó fue remitirlo a la EPS para el diagnóstico y en el año 2015, se realizó examen ocupacional que determinó su aptitud para el trabajo en alturas y que desde la pérdida auditiva no volvió a volar, que posteriormente, no se le expidieron más incapacidades relacionadas con la pérdida de capacidad auditiva y que la respuesta que negó la ARL del accidente del trabajo fue enfocada a la empresa por lo que no se estaba en la obligación de informar al trabajador, por su parte, el testigo HARVEY YESID PEÑA (Piloto helicóptero y gerente), quien señaló que para la época había sido jefe de pilotos, coincidió en lo señalado por la testigo MARÍA FERNANDA GIRALDO, indicando que no se le reportó sobre accidente alguno padecido por el demandante, que tuvo conocimiento con posterioridad cuando se le indicó que éste no estaba apto para volar.

De lo anterior, se colige que no existe soporte que acredite que el reporte extemporáneo del accidente se hubiese hecho por negligencia de la demandada, es más, del reporte de horas de vuelo por tripulante allegadas por el mismo demandante (fl. 33), se advierten horas de vuelo el 23, 24, 26, 27 y 29, de lo que se desprendería que este voló con posterioridad al supuesto accidente ocurrido, siendo ello incompatible con el padecimiento referido en el oído izquierdo, pues como lo indicó la testigo MARIA FERNANDA GIRALDO se requería tener intercomunicación en un ambiente bastante ruidoso y en todo caso de haberse expuesto esta condición a la tripulación no se habría dejado volar por implicar un riesgo alto para la seguridad tal y como se desprende de lo señalado por el demandante en el interrogatorio de parte vertido.

Ahora y si bien como consecuencia de la pérdida de audición el demandante perdió la licencia médica que es la que le faculta para volar y el cargo al que aspiraba tener en propiedad COPILOTO DE HELICOPTEROS no lo pudo adquirir en razón a que no cumplió con los turnos de comisión como consecuencia de la pérdida de audición del oído izquierdo según dan cuenta el demandante y el representante legal de la demandada en los interrogatorios rendidos y con ello la expectativa que tenía de desempeñarse en dicho cargo, es claro que por seguridad este tipo de patologías resultan incompatibles con la labor desplegada por pilotos o copilotos y en todo caso el hecho de habersele detenido el proceso en el que estaba en transición para nombrársele nuevamente en el de técnico no significó una desmejora en materia salarial, pues cuando se desempeñó en el cargo en transición no se le modificó su asignación salarial ya que ello estaba sujeto a cuando se realizara el nombramiento del cargo en propiedad, tal y como se desprende del otrosí suscrito el 24 de septiembre de 2013 (fl. 22).

Tratándose del seguimiento al estado de salud del demandante se advierte que sobre el particular se cuenta con la declaración de la encargada de HSE de la compañía quien indicó que para el momento en que se fue a realizar el cambio del cargo al de técnico éste fue encontrado apto para trabajo en alturas, sin que pueda pasarse por alto, que tanto el

demandante como el representante legal de la demandada en sus interrogatorios dan cuenta que el demandante con el uso de un audífono recuperó el 70% de su audición lo cual le impedida volar atendiendo las condiciones de seguridad pero no ejecutar las demás actividades.

De otra parte, frente al hecho que la demandada no informó al trabajador sobre la comunicación de la ARL SURA del 5 de noviembre de 2013, en la que se indicó que el evento no correspondía con la definición de un accidente de trabajo de acuerdo con los lineamientos de la legislación vigente, señalándose en los ultimos párrafos de la comunicación lo siguiente:

En caso de presentarse alguna inquietud o controversia al respecto, por favor informarnos mediante comunicación escrita dirigida a la Comisión Medica Interdisciplinaria, **dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la presente comunicación** para así proceder de acuerdo con los recursos adicionales previstos en la ley. Para lo anterior, hemos habilitados varios canales por medio de los cuales la información puede ser enviada: el fax número 29010251 o al correo electrónico mzapata@sura.com.co, o a la dirección AV AMERICAS NO 64ª 39.

Lo anterior, se fundamenta jurídicamente en lo señalado por el Decreto 0019 de 2012, artículo 142 mediante el cual se establecen los términos para presentar las controversias respectivas:

"Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales (Decreto 0019 de 2012, artículo 142).

Y, a continuación de la firma del remitente de la referida comunicación se señaló con **copia al señor MAURICIO HOYOS COCUNUBO a través del empleador**, sin que se hubiese acreditado con las pruebas allegadas y practicadas en el proceso que esta comunicación se puso en conocimiento del demandante, es más, la testigo MARIA FERNANDA GIRALDO encargada de HSE de la demandada, reconoció dicha omisión e indicó que la respuesta estaba enfocada a la empresa, cuando claramente en dicha comunicación se le puso como garante de la notificación al trabajador, siendo claro que si bien el empleador podría en su razonamiento estar de acuerdo con lo señalado por la ARL y aunque refiera que prefirió reportar el incidente como accidente en aras de la protección del trabajador, ello no le restaba la responsabilidad que asumió con ello, consistente en informar oportunamente al trabajador

sobre lo que aconteciera en proceso, de manera que su razonamiento no lo facultaba para no informar al trabajador sobre el resultado del trámite adelantando y de esta manera al no comunicarle la decisión adoptada por la ARL impidió que el trabajador pudiera ejercitar su derecho de controvertir lo expuesto por la ARL y dependiendo de ello tener la posibilidad de continuar con el trámite de calificación de invalidez iniciado por la ARL y obtener alguna de las prestaciones reconocidas tratándose de enfermedad o accidente laboral.

Atendiendo a lo anterior, se encontró acreditado que la demandada no cumplió con las obligaciones y/o deberes que le asistían en materia de seguridad social que fueron aducidas por el trabajador en su carta de renuncia y por tanto se procederá a confirmar la decisión del A quo, resaltando que contrario a lo sostenido por el recurrente en los alegatos de conclusión presentados la indemnización por despido si fue una pretensión solicitada por la parte actora en la demanda.

Finalmente, ante el pago que se solicitó por la apoderada del demandante respecto de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., como consecuencia de la condena realizada por despido indirecto, debe precisarse que al tener esta una naturaleza indemnizatoria cuya controversia debe ser resuelta por el Juez y toda vez que no constituye salario o es una prestación social, no se enmarca dentro de los supuestos de hecho que configuran la procedencia de la indemnización reclamada y por lo tanto no es posible acceder a la misma.

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 Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de octubre 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 JAIRO MANUEL SOLANO TORRES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 034 2019 00311 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de febrero de 2021.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por el apoderado del demandante, quien señaló que para la época de vinculación del demandante existía un régimen pensional especial y obligatorio, destacando que en este asunto al demandante le era aplicable el régimen anterior, el cual inicialmente estuvo recogido en el artículo 269 del Código Sustantivo del Trabajo, que como trabajador similar de alto riesgo tenía

derecho a la pensión de jubilación con 20 años de servicios a cualquier edad y con los mismos requisitos a cargo de ACDAC (Art. 2 Ley 32 de 1961), régimen que fue mantenido para estos trabajadores por el Decreto 1282 de 1994, el cual ordenó respetar los derechos adquiridos y el derecho al reconocimiento especial, precisando que si bien este decreto exigió aplicar la Ley 100 de 1993 a los demás aviadores civiles que se afiliaran al nuevo régimen del Sistema General de pensiones, al ser la aviación civil una actividad de alto riesgo conforme al artículo 1° del decreto 2090 de 2003, ésta estaba sujeta al régimen anterior para quienes se hubieren afiliado antes del 31 de diciembre de 2014. Así mismo, refirió que debía tenerse presente que mediante sentencia C-093 de 2017 la Corte Constitucional contempló la cosa juzgada respecto del artículo 8 del Decreto 2090 de 2003, conforme al cual el régimen anterior era el régimen aplicable a los afiliados antes del 31 de diciembre de 2014, en tanto que el régimen posterior solo sería aplicable a los afiliados después de esta fecha, que en este caso aplicaba el principio de favorabilidad respecto del Decreto 60 de 1973, ya que la ley 100 de 1993 comparada con esta resultaba mas lesiva y que no podía pasarse por alto que CAXDAC seguía reconociendo pensiones de alto riesgo en la modalidad transitoria sin otro requisito más que el de demostrar que se era aviador civil y haber cotizado en compañías de aviación, sin que se le hubiere solicitado a ningún aviador que probare el riesgo pues por expresa remisión constitucional la carga de la prueba no se le podía invertir a la parte más débil de la relación contractual, máxime que ello implicaría estudios científicos cuyos costos eran inalcanzables para un trabajador.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarara que tenía derecho al pago de la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo de acuerdo con lo que se estimara probado a partir de las 1029 semanas cumplidas con los incrementos ordenados por la ley y convencionales pertinentes, y en consecuencia se condenara a COLPENSIONES a pagar las mesadas pensionales causadas desde enero de 2010 y los intereses e indexación que se causaran hasta la fecha del reconocimiento efectivo de la pensión,

a pagar la mesada pensional, indexación e intereses que se causaran a la presentación de la demanda y hasta la ejecución del fallo, así como al pago de los incrementos legales que se causaran con posterioridad a la ejecutoria del fallo y durante la vida del pensionado.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que había laborado y cotizado como aviador civil con las siguientes empresas y por los siguientes tiempos: ACES desde el 19 de junio de 1989 y hasta el 15 de agosto de 2003 y CENTRAL CHARTER DE COLOMBIA desde el 1° de septiembre de 2003 hasta la actualidad, que sus asignaciones salariales fluctuaron entre \$432.200 y \$17.500.000, que fue beneficiario de la Convención Colectiva de la empresa AEROLINEAS CENTRALES DE COLOMBIA, ACES y ACDAC, que cuenta con 9.165 días laborados equivalentes a 1.309 semanas cotizadas a CAXDAC y COLPENSIONES, lo que era superior al mínimo de 700 semanas, que se encuentra afiliado a COLPENSIONES desde 1° de marzo de 1984 en calidad de aviador civil, que la naturaleza del servicio ha sido especial, toda vez que se había desempeñado exclusivamente como piloto de aeronaves, que la aviación civil era una labor de alto riesgo, que estaba vinculado al trabajo de alto riesgo de la aviación antes del 31 de diciembre de 2014, que el 1° de febrero de 2018, radicó solicitud para el reconocimiento de la pensión ante COLPENSIONES la cual fue negada mediante Resolución SUB 62255 del 5 de marzo de 2018, decisión confirmada mediante DIR 7669 del 23 de abril de 2018.

Como fundamento normativo, citó los artículos 268, 269 y 270 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 243 de la Constitución Política, el artículo 10 del Decreto 617 de 1954, el artículo 2 de la Ley 32 de 1961, el Decreto 60 de 1973, la Declaración Universal de Derechos Humanos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto de San Salvador), así como, la sentencia de la Corte Constitucional C – 093 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda (fl. 104 y ss) en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que no había lugar al reconocimiento solicitado bajo el amparo de la sentencia C-093 de 2017, la cual resolvió declararse inhibida del pronunciamiento sobre la exequibilidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 2090 de 2003 y en segundo lugar declaró la exequibilidad de los incisos 1 y 3 del artículo 8 del decreto 2090 del 2003. Propuso las excepciones de merito que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuraron del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda propuesta por JAIRO MANUEL SOLANO TORRES, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a las demandadas, inclúyase en la liquidación de costas la suma equivalente a un (1) SMLMV, para cada una de ellas, valor en que se estiman las agencias en derecho.

TERCERO: CONCEDER en grado jurisdiccional de consulta, en caso de no ser objeto de apelación la presente decisión.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la actividad de aviador civil no se encontraba dentro de las actividades de alto riesgo y que en todo caso el demandante no era beneficiario de la pensión de alto

riesgo contemplado en el artículo 6° del Decreto 2090 de 2003 (Modif. Decreto 2655 de 2014), pues de acuerdo con lo señalado en el parágrafo de dicha norma para poder ser beneficiario de las disposiciones de la misma se debía cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en donde revisada la Resolución SUB 62255 del 5 de marzo de 2016, se colegía que a 1° de abril de 1994 el demandante tenía 29 años de edad, por lo que no se cumplía el primer requisito, y frente al según requisito, esto es, 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se indicó que del reporte de semanas cotizadas señalado en Resolución No. SUB 62255 del 2018 se desprendía que el demandante al 1° de abril de 1994, contaba con 154 semanas cotizadas y un tiempo servido registrado en la Caja de Auxilios y de Prestaciones de ACDAG CAXDAG, equivalente a 4 años, nueve meses y 12 días, es decir 244 semanas, para un total de 398 semanas, por lo que el demandante tampoco tenía derecho a la pensión especial de alto riesgo, por no tener acreditados los requisitos del régimen de transición.

Frente a la pensión especial de aviadores civiles contenida en el artículo 6 del Decreto 1282 de 1994, indicó que correspondía determinar inicialmente si el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en el mismo decreto aludido, precisando que aunque el demandante indicó que tenía un total de 9.165 días cotizados (1.309.15 semanas), se advertía corrección solicitada en noviembre de 2015, por el actor a Colpensiones, para que fueran adicionados los periodos laborados entre 1994 y el 2003 como trabajador dependiente de Aerolíneas Centrales de Colombia, la cual si bien no fue realizada ya que solo se registraron 33 semanas cotizadas con ese empleador (febrero y marzo de 1999), como se indicó en la Resolución No. SUB 62255 del 2018, para el despacho aparecían como certificadas por ser recursos consignados por la empleadora ACES y obraban en la Caja de Auxilios y de Prestaciones de ACDAG -CAXDAG., que de acuerdo con las documentales allegadas, se advirtió que el demandante se desempeñó como piloto civil al servicio de AEROLINEAS CENTRALES DE COLOMBIA LIQUIDADA y CENTRAL CHARTER DE COLOMBIA S.A., desde el 1 febrero de 1999 al 31 de enero

de 2018, que fue afiliado a la Caja de Auxilios y de Prestaciones de ACDAG “CAXDAG”, el 15 de junio de 1989 con la empleadora ACES S.A., EN LIQUIDACION reportando 4 años, 9 meses y 12 días como tiempos servidos y a partir del 1 de abril de 1999 y hasta 2003, reportó un total 481.29 semanas cotizadas, que no han sido trasladadas a COLPENSIONES y que estuvo afiliado a COLPENSIONES como piloto dependiente de las sociedades AEROLINEAS CENTRALES DE COLOMBIA S.A. ACES LIQUIDADA y CENTRAL CHARTER DE COLOMBIA S.A.S, del 1 de febrero de 1999 al 31 de enero de 2018, cotizando al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con un total de 763 semanas cotizadas, con lo que se acreditaba un total de 1244,29 semanas válidamente cotizadas al Sistema General en Pensiones, sin embargo, de acuerdo con lo señalado en los artículos 2 y 3 del Decreto 1282 de 1994, se estableció el régimen de transición para las aviadores civiles siempre y cuando al 1° de abril de 1994 se tuvieran 40 años de edad en el caso de los hombres y haber cotizado o prestado servicios durante 10 años, precisando que como para el 1° de abril de 1994, el demandante tenía 29 años no se cumplía con el primer requisito, frente al segundo requisito se indicó que de la certificación de semanas cotizadas por el actor a 1° de abril de 1994, se colegía que hizo aportes a la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACION COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAG – CAXDAG, solo un total de 4 años, nueve meses y 12 días que al sumar las 154 semanas certificadas por COLPENSIONES daba un total de 398 semanas, por lo que tampoco quedaba acreditado el segundo requisito y no se era beneficiario de esta pensión.

En razón de lo anterior, procedía el estudio de las pretensiones bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, el cual en su artículo 33 contemplaba los requisitos para obtener la pensión de vejez, sin embargo, como el demandante había nacido el 30 de mayo de 1964 contaba con 56 años, lo que impedía adentrarse en el estudio de los requisitos de densidad de semanas.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará sobre la viabilidad del reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo junto con las mesadas causadas, los incrementos anuales, intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas y las costas procesales.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el Señor JAIRO MANUEL SOLANO TORRES nació el 30 de mayo de 1964 tal y como se desprende de la Resolución SUB 62255 de 2018 fl. ; ii) que desempeño actividades como aviador civil para la empresa ACES EN LIQUIDACIÓN desde el 19 de junio de 1989 hasta el 15 de agosto de 2003¹ y como piloto para la empresa CENTRAL CHARTER de COLOMBIA desde el 1° de septiembre de 2003 al 30 de noviembre de 2017²; iii) que tiene 855 semanas cotizadas ante COLPENSIONES según se desprende del reporte de semanas cotizadas de fecha 24 de febrero de 2020 obrante en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES; y iv) que cuenta con 4 años, 9 meses y 12 días de tiempo de servicios prestados para ACES EN LIQUIDACIÓN entre el 15 de junio de 1989 y el 1° de abril de 1994 (según comunicación expedida por CAXDAC de fecha 4 de diciembre de 2017 obrante en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES) y cuenta con 3369 días cotizados a la Caja de Auxilios y Prestaciones ACDAC – CAXDAC por el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1994 y el 15 de agosto de 2003, equivalentes a 481,28 semanas³ (según se advierte del extracto de semanas cotizadas expedido por CAXDAC obrante a fl. 102 y ss).

¹ Ver comunicación expedida por CAXDAC del 4 de diciembre de 2017, extractos de semanas cotizadas expedidas por la misma caja y certificación expedida por ACES EN LIQUIDACIÓN de fecha 28 de enero de 2005, obrantes en el expediente administrativo.

² Ver certificación laboral fl. 4-10.

³ Que no han sido trasladadas a COLPENSIONES.

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es si la actividad de aviador se consideraba o no como de alto riesgo y sobre el particular, se advierte que, el demandante en su libelo demandatorio señaló que la actividad de aviador era considerada como de alto riesgo conforme lo señalado en el artículo 3 de la Ley 723 de 2013 *“Por el cual se reglamenta la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas y de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo y se dictan otras disposiciones”* y el artículo 2 del Decreto 1607 de 2002 *“Por el cual se modifica la Tabla de Clasificación de Actividades Económicas para el Sistema General de Riesgos Profesionales y se dictan otras disposiciones”*, normas que si bien regulan la afiliación al Sistema de Riesgos Laborales no es posible equipararlo a las normas que regulan el Sistema General de Pensiones ni a las pensiones especiales de alto riesgo, pues se trata de sistemas diferentes con objetivos y marco regulatorios distintos.

Así se tiene que en el sistema general de pensiones las actividades de alto riesgo que acarreen el reconocimiento de pensiones especiales han sido reguladas inicialmente por el Decreto 758 de 1990, posteriormente por el Decreto 1281 de 1994 y finalmente por el Decreto 2090 de 2003 *“Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”*, siendo esta última la norma aplicable, ya que es la vigente para la época de los hechos, siendo la que unificó la regulación de las pensiones de alto riesgo.

Así, se advierte que los artículos 2 y 3 del aludido Decreto 2090 de 2003, contemplan las actividades que se consideran de alto riesgo para el trabajador y la pensión especial de vejez, así:

“ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.

2. *Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.*
3. *Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
4. *Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*
5. *En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.*
6. *En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.*
7. *En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.*

ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. *Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.”*

Como se advierte, la actividad de aviador o piloto civil no se encuentra expresamente establecida dentro de las actividades consideradas como de alto riesgo que conceden pensión especial de vejez, al respecto conviene recordar que la Corte Constitucional en Sentencia C-093 de 2017, aunque se declaró inhibida para pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 2090 de 2003, por ineptitud sustantiva de la demanda, de la misma resultan importantes los siguientes apartes, en la medida en que se sometió a juicio de constitucionalidad que la aviación civil debería estar calificada en la ley como una actividad de alto riesgo y sujetarla al régimen pensional especial:

“(…)

4.4.1. *Con respecto al artículo 2 del Decreto 2090 de 2003, el accionante argumenta que los recientes hallazgos sobre la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes y sobre los efectos de dicho fenómeno en la salud humana, obligaban al legislador, y en este caso al Ejecutivo, a incluir la aviación civil dentro de las actividades de alto riesgo, y sujetarla al respectivo*

régimen pensional diferencial, que permite el retiro anticipado de los trabajadores. Como las labores desplegadas por estos profesionales es incluso más riesgos que las demás previstas en el mismo artículo 2 del decreto 2090 de 2003, su falta de inclusión configuraría una omisión legislativa, por el desconocimiento de los artículos 1, 2, 4, 11, 13, 25, 29, 48 y 53 de la Carta Política, susceptible de ser enmendada por el juez constitucional mediante una sentencia de constitucionalidad condicionada.

A juicio de esta Corporación, la controversia así planteada no es susceptible de ser valorada por esta Corporación en el escenario del control abstracto de constitucionalidad, por las razones que se indican a continuación.

4.4.2. *En primer lugar, el accionante plantea problemáticas extrañas y ajenas al control constitucional de la legislación, porque desde una perspectiva material, sus cuestionamientos no apuntan a controvertir el contenido de Decreto 2090 de 2003 por su incompatibilidad con las exigencias constitucionales, sino más bien a cuestionar el uso que los operadores jurídicos han hecho del tal normatividad, y a enmendar los presuntos yerros en su interpretación y aplicación, mediante un pronunciamiento judicial de esta Corporación que fije una línea hermenéutica vinculante.*

En efecto, el actor y los intervinientes que coadyuvaron la demanda consideran que la aviación civil debería estar calificada por la ley como una actividad de alto riesgo, sujeta al régimen pensional especial de las actividades de alto riesgo, en razón de la exposición a la que se encuentran sometidas los pilotos y los demás tripulantes de los aviones a las radiaciones ionizantes, radiaciones que provocan afectaciones graves a la salud. Así planteado el debate, en el proceso judicial la controversia se centró en este debate específico sobre la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes, y sobre el impacto de las mismas en su salud.

No obstante, el mismo artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 contempla expresamente las actividades que implican una exposición a radiaciones ionizantes, como actividad de alto riesgo. Es así como el numeral del 3 del referido precepto establece que “se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores (...) [los] trabajos con exposición a radiaciones ionizantes”.

En este orden de ideas, como el fundamento de la acusación es que la aviación expone a las personas a altos niveles de radiaciones ionizantes que serían perjudiciales para la salud, y como al mismo tiempo la legislación califica los trabajos que implican una exposición semejante como actividad de alto riesgo, en realidad el debate que se plantea no se orienta a cuestionar la validez de la norma que fija el repertorio de actividades de alto riesgo, incluyendo la hipótesis de los trabajos que implican contacto con radiaciones ionizantes, sino a determinar si la aviación encuadra dentro de esta última causal.

Esta controversia, sin embargo, implica realizar un ejercicio analítico distinto del que se efectúa en el marco del control abstracto de constitucionalidad, porque no se trata de establecer si un mandato legal es incompatible con los postulados constitucionales, sino de interpretar y aplicar en casos concretos la preceptiva legal. No se trata de establecer si la norma que califica los trabajos que implican contacto con radiaciones ionizantes como actividades de alto riesgo contraviene la Carta Política, sino de determinar si la aviación civil encuadra dentro de esta hipótesis general.

(...)

En este sentido, la Sala Plena coincide con los planteamientos de la Procuraduría General de la Nación. A juicio de la Vista Fiscal, como la inconstitucionalidad alegada por el accionante se hizo radicar en la consideración sobre la exposición de los aviadores a radiaciones ionizantes, hipótesis ya prevista en la ley, el déficit legal advertido por el accionante es

inexistente, y en este marco, el problema radicaría, no en la configuración de una omisión legislativa relativa, sino en deficiencias en los procesos de interpretación y aplicación de la preceptiva legal. Y en este escenario, la actividad procesal de los aviadores debería estar encaminada, no a atacar la normativa legal, sino a hacerla cumplir.

(...)

4.4.3. Podría argumentarse, empero, que en realidad sí existe una omisión legislativa relativa, porque aun cuando el Decreto 2090 de 2003 prevé de manera general los trabajos que implican una exposición a radiaciones ionizantes como actividad de alto riesgo, esta misma normatividad debía, o bien especificar en el numeral 3 del artículo 2 que esto comprende a los aviadores civiles, o bien consagrar la aviación civil como categoría autónoma y diferenciada, en un numeral independiente.

Si en gracia de discusión se acepta este argumento, en todo caso el debate propuesto es inviable, porque en este proceso judicial no se encuentran los insumos para reconfigurar el cargo de inconstitucionalidad, pues ni el accionante ni ninguno de los intervinientes que coadyuvaban la demanda señaló las razones por las que el legislador tenía el deber de especificar el alcance de la causal sobre la exposición a radiaciones ionizantes, o el deber de crear una categoría autónoma para estos profesionales, máxime cuando la lógica que subyace al artículo 2 de Decreto 2090 de 2003 es la de fijar criterios generales que puedan adaptarse a las muy variables circunstancias de tiempo, modo y lugar, y la de no individualizar todas las labores que en un momento específico deban ser consideradas como de alto riesgo. Es posible, por ejemplo, que en virtud de los progresos tecnológicos crecientes, una labor específica que en un momento implicó una exposición a radiaciones ionizantes, en otro momento no genere este riesgo. Así las cosas, la tesis de que existía un deber del legislador de especificar que el numeral 3 del artículo 2 comprende a los aviadores civiles, o que la aviación civil debía ser consagrada como una causal autónoma no solo no fue justificada en la demanda, sino que además, resulta incompatible con la racionalidad subyacente al Decreto objeto de la demanda de inconstitucionalidad^[93].

4.4.4. Ahora bien, incluso obviando la dificultad anterior, la Corte encuentra que en el proceso judicial no se proporcionaron los elementos básicos para la estructuración del examen propuesto por el actor. Las acusaciones de la demanda, incluso articuladas y alimentadas con los insumos proporcionados por los intervinientes que coadyuvaban el escrito de acusación, no logran identificar los elementos estructurales del juicio de constitucionalidad. Se encuentran al menos tres tipos de deficiencias.

4.4.4.1. Por un lado, las premisas fácticas y los elementos probatorios sobre la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes y sobre su impacto en la salud, que constituyen el fundamento de la pretensión de la demanda de inconstitucionalidad, no son conclusivos.

En efecto, el demandante argumenta que los niveles de radiación recibidos por los aviadores impactan negativamente su salud, y que de ello dan cuenta las cancelaciones de certificados médicos de los aviadores allegados al proceso judicial. Aunque el accionante allegó información y documentación relevante que da cuenta de esta problemática, estos insumos resultan insuficientes por las siguientes razones: (i) primero, como según la documentación científica que consta en este proceso, todas las personas se encuentran expuestas a radiaciones ionizantes, las pruebas aportadas en este proceso no debían estar orientadas solo a demostrar que los aviadores están expuestos estas radiaciones, sino a demostrar que los niveles de radiación superan los estándares generalmente aceptados, y que esto se traduce en una afectación de la salud de estos profesionales; de esta circunstancia no se da cuenta en el proceso judicial, y por el contrario, según la información proporcionada por gran parte de los intervinientes, esta dosis se ajusta a los estándares

generalmente aceptados; (ii) segundo, las cancelaciones de certificados médicos tampoco acreditan el vínculo causal entre las radiaciones ionizantes y las patologías allí detectadas; por el contrario, la mayor parte de las patologías mencionadas no corresponden a los efectos que según la literatura médica se producen por la exposición a radiaciones ionizantes, tal como ocurre con la depresión, los accidentes cerebro vasculares, la diabetes, los trastornos de la personalidad, la artrosis cervical, el trastorno fóbico, el infarto de miocardio, el trastorno de ansiedad, el vertido crónico o la artrosis de rodilla; incluso, tal como lo advirtieron algunos de los intervinientes, estas afecciones corresponden a enfermedades de origen común, y no de origen profesional; (iii) tercero, en la comunidad médica y científica persisten las disputas sobre los estándares permisibles de radiación anual, y sobre los promedios de radiación a los que se encuentran sujetos los aviadores; (iv) cuarto, para demostrar que la aviación civil debía ser calificada como actividad de alto riesgo no bastaba con acreditar que la exposición a la radiaciones ionizantes tiene la potencialidad de afectar su salud, sino que esto se traduce en una reducción de la expectativa de vida saludable, o en la necesidad de que este grupo poblacional sea retirado anticipadamente de la vida laboral, cuestiones estas frente a las cuales no se aportaron pruebas; (v) y finalmente, no todas las personas que se dedican a la aviación están expuestos a los mismos niveles de radiación, pues ello depende de múltiples variables como la altitud de los viajes, la zona de tránsito según su mayor o menor proximidad a los polos, la protección del avión frente a las radiaciones, la frecuencia de los vuelos, y la misma función ejercida por los aviadores, porque incluso, los pilotos inspectores de operaciones y los pilotos chequeadores de ruta cumplen su rol sin volar.

De este modo, la Sala carece de los insumos técnicos necesarios para establecer si los aviadores se encuentran expuestos a niveles de radiación ionizante que superan los estándares generalmente aceptados, y si este contacto se traduce en afectaciones de la salud que en condiciones normales disminuye la expectativa de vida saludable o torna necesario el retiro anticipado de la labor productiva.

4.4.4.2. Asimismo, los cuestionamientos al artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 parten de una comprensión manifiestamente inadecuada del ordenamiento jurídico, así: (i) tal como expresaron algunos de los intervinientes en este proceso, el accionante asume equivocadamente que todos los aviadores se encuentran sometidos al régimen pensional general establecido en la Ley 100 de 1993, cuando el Decreto 1282 de 1994 establece unas reglas diferenciales para los aviadores civiles que tiene semejanzas con el régimen pensional para las actividades de alto riesgo, y que también prevén un retiro anticipado de la actividad laboral; (ii) asimismo, el demandante establece una equivalencia plena entre las actividades de alto riesgo con las actividades peligrosas, cuando se trata de categorías autónomas que obedecen a racionalidades distintas; los riesgos inherentes al trabajo por los accidentes laborales y las enfermedades de origen profesional, que son los fenómenos a los que parece aludir el actor en algunos apartes de la demanda, son cubiertos a través del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales, y no a través de regímenes pensionales especiales; (iii) el Acto Legislativo 01 de 2005 no radica en el legislador la obligación de revisar el listado de actividades de alto riesgo, ni la de evaluar cada uno de las labores y oficios existentes; (iv) la racionalidad que subyace al artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 no es la de individualizar cada uno de los oficios y labores de alto riesgo, sino la de fijar criterios generales para que en cada momento histórico se determine qué actividades se encuentran comprendidas dentro de tales categorías.

(...)"

De conformidad con la sentencia citada, se tiene que la aviación civil no se enmarca dentro de las actividades de alto riesgo, sin embargo podría

llegar a encuadrarse dentro de los trabajos con exposición a radiaciones ionizantes que si está catalogada como actividad de alto riesgo, advirtiéndose que la Corte en el fallo precitado da algunas luces respecto a los factores a considerar tales como que se demostrara que los niveles de radiación a los que están sometidos los pilotos superan los estándares generalmente aceptados y que esto se traduce en una afectación de la salud de estos profesionales y en una reducción de la expectativa de vida saludable.

Descendiendo en el análisis y revisado el acervo probatorio no se encontró documental alguna de la que se pudiera colegir que el demandante estuviese sometido a niveles de radiación que superaran los estándares establecidos, es más, ni si quiera se indicaron cuales eran los niveles de radiación aceptados y las documentales obrantes a folios 14 – 34, que según lo indicado en la demanda corresponderían a una estadística de línea de salud de pilotos y concepto pericial, las cuales si bien contemplan una serie de patologías y frecuencia de las mismas, no cuentan con un destinatario y emisor ni fecha de expedición y tampoco se advierte que sean asociados al demandante, lo que impide considerar que el Señor JAIRO MANUEL SOLANO TORRES desplegaba una actividad de alto riesgo que lo beneficiara de obtener el reconocimiento de la pensión especial de vejez.

Ahora bien, se observa que en los fundamentos y razones de derecho el demandante liga la aplicación del Decreto 1282 de 1994, que contempla la pensión de aviadores civiles al Decreto 2090 de 2003, como si la aviación civil fuera una actividad de alto riesgo y en esa medida es que solicita dar aplicación a lo dispuesto en la sentencia C - 093 de 2017, pero frente a la constitucionalidad del artículo 8 del Decreto 2090 de 2003, que contempla el limite del régimen pensional especial, desconociendo que la pensión especial por actividad de alto riesgo es diferente a la pensión de aviadores civiles contemplada en el Decreto 1282 de 1994, la cual aunque tiene semejanzas con el régimen pensional especial para quienes desempeñaban actividades de alto riesgo pues también prevé un retiro anticipado de la actividad laboral, no se trata de la misma pensión.

Así entonces, como el demandante solicitó la pensión especial de vejez por alto riesgo y en los hechos de la demanda adujo haberse desempeñado como aviador y/o piloto civil, aunado a lo señalado en los fundamentos de derecho no resultaba tan claro su pedimento y por ello se procedió con el análisis de lo señalado en el Decreto 1282 de 1994 “Por el cual se establece el Régimen Pensional de los Aviadores Civiles”, en donde se contempló que el sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 se aplicaría a los aviadores civiles con excepción a los cobijados por el régimen de transición quienes tendrían derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el Decreto 60 de 1973, resultando relevante traer a colación lo dispuesto en los artículos 3 y 6 del Decreto en comento:

“ARTICULO 3o. REGIMEN DE TRANSICION DE LOS AVIADORES CIVILES. *Los aviadores civiles, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el presente artículo, siempre que al 1o. de abril de 1994 hayan cumplido cualquiera de los siguientes requisitos:*

a) Haber cumplido cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres;

b) Haber cotizado o prestado servicios durante diez (10) años o más.

(...)

ARTICULO 6o. PENSIONES ESPECIALES TRANSITORIAS. *En aquellos casos en los cuales el aviador no haya cumplido al 1o. de abril de 1994 los diez (10) años de servicios, y por lo tanto, no sea beneficiario del régimen de transición aquí previsto, el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez será el establecido en los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993. Sin embargo, la edad para acceder a la pensión de vejez en este caso será de cincuenta y cinco (55) años, que se reducirá un año por cada sesenta (60) semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras mil (1000) semanas de cotización, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.*

Para efectos de estas pensiones los afiliados cotizarán en los términos de la ley 100 de 1993 y las empresas aportarán, además de lo previsto en la ley, cinco (5) puntos adicionales.

Las empresas emitirán el respectivo bono pensional de acuerdo con las normas especiales sobre la materia.

Conforme a lo dispuesto en las normas antes anotadas, se tiene que el sistema general de pensiones se aplicarían a los aviadores civiles que no fueran beneficiarios del régimen de transición, encontrando que en el caso bajo análisis el demandante no cumplió con alguno de los dos requisitos contemplados para estar cobijado por la transición, pues de una parte el demandante no contaba con 40 años para el 1° de abril de 1994 y tampoco con 10 años de servicios prestados o cotizados, como quiera que se tiene establecido que nació el 30 de mayo de 1964 de modo que para el 1° de abril de 1994 contaba tan solo con 29 de años de edad momento para el cual contaba con un equivalente a 4 años, 9 meses y 12 días cotizados ante CAXDAC.

Razón por la cual, se concluye que el demandante no era beneficiario del régimen de transición y si bien el artículo 6 del Decreto en mención contempló un beneficio para quienes no hubieren cumplido los requisitos del régimen de transición consistente en que el tiempo de cotización y el monto de las pensiones de vejez sería el establecido en los artículos 33 y 34 de la ley 100 de 1993, la edad para acceder a la pensión sería de 55 años, los que se reducirían en un año por cada 60 semanas cotizadas o de servicios prestados adicionales a las primeras 1000 semanas de cotización sin que dicha edad pudiera ser inferior a 50 años, no puede pasarse por alto que en el parágrafo transitorio 2 del artículo 48 de la Constitución Política (adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005), se contempló el desmonte de los regímenes pensionales especiales a partir del 31 de julio de 2010, data para la cual no se acreditaba el cumplimiento de los 55 años de edad por el demandante, de manera que el estudio pensional en este caso procedía de acuerdo con lo establecido en el Sistema General de Pensiones, esto es, la ley 100 de 1993 que contempla en su artículo 33 (Modif. Art. 9 de la Ley 797 de 2003) los requisitos para adquirir la pensión de vejez, de cuyo contenido para este asunto se resalta lo atinente a que a partir del 1° de enero de 2014, el requisito de edad para los hombres se concretaba en 62 años, el cual no cumplía el demandante, lo que impedía proceder con el estudio para el reconocimiento de la pensión de vejez bajo estas condiciones.

Conforme a lo anterior, procederá la sala a confirmar la decisión del A quo por las razones aquí señaladas.

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 Treinta y Cuatro 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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDILBERTO BRICEÑO
QUINTERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 022 2019 00774 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de noviembre de 2020.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por la apoderada del demandante en los que solicitó confirmar la sentencia proferida teniendo en cuenta que de una parte el máximo órgano de cierre de la jurisdicción del trabajo había sido enfático en afirmar que en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, dichas normas admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no

continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión, asimismo indicó frente a los intereses moratorios que de acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de diciembre de 2007 *“(...) el derecho a recibir el pago de las mesadas no emerge del reconocimiento de la pensión por parte de la entidad que le corresponde, sino del cumplimiento legal de la edad y el tiempo de servicios o la densidad de cotizaciones, a lo cual se debe adicionar el retiro definitivo del servicio activo, tan es así que cuando el reconocimiento se hace con posterioridad al retiro se ordena el pago de los retroactivos respectivos. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los intereses moratorios nazcan también a partir de ese mismo momento, por cuanto como ya se dijo y lo resaltó atinadamente el Tribunal, no puede perderse de vista que la entidad administradora cuenta con un término para resolver la petición, de modo que los intereses solamente empiezan a causarse si el pago se hace por fuera de aquel plazo”*.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarara que acreditaba el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación de la Ley 797 de 2003 a partir del 1° de marzo de 2019, y por tanto esa era la fecha de causación de la misma, así como que tenía derecho al pago del retroactivo pensional, la reliquidación de la pensión de vejez y el pago de las diferencias originadas en la modificación del monto de la pensión por modificación de la fecha de causación y en consecuencia se condenara a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional, a partir del 1° de marzo de 2019, fecha en que ya había cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez, al pago de los intereses moratorios liquidados a la tasa mas alta sobre el valor del retroactivo que se llegare a originar por los perjuicios ocasionados por la aplicación indebida de la Ley.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 16 de julio de 1956, por lo que alcanzó los 62 años el 16 de julio de 2018; el 17 de

julio de 2018 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; cotizó un total de 1799,71 en toda su vida laboral; le fue reconocida pensión por la demandada mediante resolución No. SUB 133207 del 28 de mayo de 2019, a partir del 1° de junio de 2019 en cuantía inicial de \$3.125.196, en donde el IBL que obtuvo fue el de \$4.002.556 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 78.08%; presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la resolución antes mencionada solicitando el reconocimiento de la pensión a partir del 1° de marzo de 2019 y el pago de intereses moratorios del artículo 141 de Ley 100 de 1993; mediante Resolución No. SUB 224436 del 16 de agosto de 2019, se resolvió el recurso de reposición confirmando en todas sus partes el acto impugnado; según la historia laboral se efectuaron cotizaciones hasta marzo de 2019 y su empleador A.V.E. COLOMBIA S.A.S. a través de su operador logístico reportó la novedad de retiro al Sistema General de Pensiones para el ciclo de marzo 2019.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda (fl. 54-60), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que se oponía al reconocimiento, liquidación y pago del retroactivo pensional compuesto por las mesadas pensionales generadas desde el día de su reconocimiento hasta el 18 de febrero de 2015, ya que dichas mesadas se encontraban cobijadas por el fenómeno de la prescripción como quiera que solo había sido reclamada la reliquidación el 18 de febrero de 2018¹, por ende la entidad solamente la reconoció a partir del 19 de febrero de 2015 y frente al pago de intereses moratorios indicó que estos solo procedían cuando habiéndose reconocido la prestación la entidad sin justificación retrasaba

¹ En la contestación de la demanda allegada se hizo alusión a persona diferente al demandante y no guarda relación las respuestas con lo señalados en las pretensiones, aunado a ello pese a que se indicó que se adjuntaba el expediente administrativo no reposa el mismo dentro del expediente.

el pago, lo cual no había ocurrido en este caso, ya que una vez se reconoció la prestación fue incluido en nómina y se había venido pagando la prestación, señalando además que no procedía la indexación pues al no prosperar las pretensión principal no había lugar a reconocer suma alguna.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de noviembre de 2020, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor EDILBERTO QUINTERO (SIC) identificado con la C.C. 11.335.153 tiene derecho al reconocimiento y pago la pensión de vejez bajo los presupuestos legales de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de marzo de 2019, en cuantía de \$3.125.196.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante el retroactivo pensional generado a partir del 1° de marzo y hasta el 30 de mayo de 2019, en cuantía de \$9.375.588.

TERCERO: AUTORIZAR a la demandada a descontar el valor correspondiente por concepto de aportes a salud conforme quedó motivado en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a favor de la parte demandante los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el retroactivo causado entre el 1° de marzo y el 30 de mayo de 2019, aquí condenado, a partir del 18 de octubre de 2019 y hasta que se efectué el pago efectivo del mismo.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por la demandada, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, **CONSULTESE** a su favor ante el honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que no existía controversia respecto a la condición de pensionado del demandante bajo lo dispuesto en el artículo de la Ley 797 de 2003, pues así se desprendía de la Resolución No. SUB 133207 de 2019, igualmente indicó que para establecer la fecha en que se debía reconocer el disfrute se debía acudir al contenido en el artículo trece del Decreto 758 de 1990, según el cual la

prestación se reconocería a solicitud de la parte interesada, una vez reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo 12 del mismo Estatuto, pero sería necesaria su desafiliación al régimen para que se pudiera entrar a disfrutar de la misma y que para su liquidación se tendría en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada, destacando que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia establecía que por regla general, la desvinculación del sistema era un requisito necesario para el reconocimiento de la pensión, sin embargo, por vía excepcional existían situaciones especiales que ameritaban reflexiones, por ejemplo tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la prestación que había sido solicitada en tiempo o contextos en los cuales la conducta del afiliado denotaba su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, así mencionó que atendiendo lo señalado en los precedentes debían revisarse las peculiaridades de cada caso, manifestando que en el caso bajo análisis al revisar el reporte de semanas cotizadas por el empleador se desprendía que el demandante arribó a los 62 años, el 16 de julio de 2018, momento para el que contaba con más de mil trescientas semanas, lo cierto era que la última cotización efectuada por su empleador tuvo lugar el 28 de febrero de 2019, fecha que el despacho advirtió como momento del disfrute en la medida en que aunque la demandada indicó que el retiro se produjo en el mes de junio del año 2019, lo cierto era que no se acompasaba con el reporte de semanas obrante en el plenario por lo que concluyó que la fecha del disfrute de la pensión del actor se consolidó a partir del 1° de marzo del año 2019 y por tanto el demandante tenía derecho a las mesadas causadas desde esa fecha hasta el 30 de mayo de 2019, las cuales no se veían afectadas por el fenómeno de la prescripción, autorizando a descontar de la misma los valores por concepto de aportes en salud.

Respecto al pago de intereses moratorios señaló que el hito a partir del cual empezaban a correr los intereses moratorios de que trataba el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se desprendía del Decreto 656 de 1994, que establecía los plazos y procedimientos para que las

administradoras decidieran acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso pudieran superar los 4 meses, lo cual se acompasaba con lo establecido en la ley 797 de 2003, que en el caso concreto se solicitó el 17 de julio de 2018, el cual fue negado hasta tanto se efectuará una verificación preliminar y elevó nuevamente solicitud el 14 de febrero de 2019, donde solicitó ampliación de la información respecto de la investigación administrativa adelantada de su caso puntual, lo cierto era que dichas solicitudes fueron presentadas de manera extemporánea ya que la desvinculación real se hizo el 28 de febrero de 2019, y como el reconocimiento pensional tuvo lugar a través de la resolución SUB 133207 del 28 de mayo de 2019, fecha a la cual la parte demandante interpuso recurso de reposición el 17 de junio de 2019, esta fecha se entendería como la verdadera solicitud, momento a partir del que empezaban a contarse los 4 meses los cuales se vencían el 17 de octubre de 2019, por lo que se condenó a la parte demandada al pago de los intereses moratorias causados sobre el retroactivo condenado a partir del 18 de octubre de 2019, hasta la fecha en la que se efectuara el pago y se absolvió a la demandada de la indexación de dichas sumas pues no era posible el doble pago.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia teniendo en cuenta que como se había señalado en la contestación de la demanda COLPENSIONES emitió diferentes actos administrativos, los cuales en su momento fueron recurridos por el demandante dentro de los cuales existía respuesta sobre la fecha de causación en el disfrute de las mesadas pensionales, indicando que debía hacerse distinción entre la causación del derecho y el momento en que se cumplían los requisitos para acceder a la pensión de vejez y el disfrute de la misma, que el artículo 14 del Decreto 748 de 1990 estableció que la pensión de vejez se reconocería a solicitud de la parte interesada una vez reunidos los requisitos mínimos pero sería necesaria su desafiliación

al régimen para que se pudiera entrar a disfrutar de la misma, para su liquidación y se tendría en cuenta hasta la última semana y que a su turno el artículo 35 del decreto precitado establecía que el pago de las pensiones se realizarían por mensualidades vencidas previo retiro del asegurado, destacando que su representada tuvo en cuenta la fecha en la cual se realizó la desafiliación y que no cometió ningún error pues se basó en 2 circunstancias temporales, la primera el momento en el que se cumplen los requisitos y la segunda el momento en que se causa cuando se comienzan a disfrutar las mesadas pensionales, procediendo a realizar el reconocimiento a partir del momento en que se realizó la desafiliación ya que era dicho acto mediante el cual se enteraban las administradoras que las personas ya cumplieron los requisitos o no tenían el deseo para seguir cotizando.

Frente a los intereses moratorios señaló que no resultaba procedente la condena en razón a que su representada ya había reconocido los derechos de los cuales era acreedor el actor y sobre los cuales se venían pagando las mesadas de manera ordinaria y sobre las cuales al no haber reconocido ningún derecho adicional no se tenía ningún derecho accesorio para el actor, máxime que de acuerdo con la jurisprudencia el concepto de buena o mala fe o las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional no pueden ser considerados para establecer la procedencia de los intereses de mora, en tanto se advertía que la conducta desplegada no era caprichosa o arbitraria sino apegada al respeto a una normatividad, por lo que no se debió haber condenado al pago de estos intereses ya que se venía pagando la mesada pensional de manera puntual al demandante, la cual venía reajustada de acuerdo a como lo establece la legislación.

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 sobre la procedencia del reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 1°

de marzo de 2019 y en consecuencia si resulta procedente el pago del retroactivo pensional causado desde dicha fecha y hasta el 30 de mayo de 2019 y los intereses moratorios sobre el retroactivo antes mencionado desde el 18 de octubre de 2019.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) el Señor EDILBERTO BRICEÑO QUINTERO nació el 16 de julio de 1956; ii) COLPENSIONES lo pensionó mediante Resolución SUB 133207 del 28 de mayo de 2019 en cuantía de \$3.125.196 a partir del 1° de junio de 2019, con un IBL de \$ 4.002.556 aplicando una tasa de reemplazo de 78.08% para 1.925 semanas cotizadas de conformidad con la Ley 797 de 2003; iii) realizó la última cotización al sistema para el ciclo de febrero de 2019; iv) arribó a los 62 años el 16 de julio de 2018 y v) reclamó la pensión el 17 de julio de 2018, frente a la cual mediante Resolución No. SUB 295349 del 14 de noviembre de 2018, no se accedió al reconocimiento como quiera que la historia laboral estaba siendo sujeto de una verificación preliminar, la cual fue recurrida y mediante Resolución SUB 25462 del 28 de enero de 2019 se resolvió el recurso de reposición y mediante resolución DIR 1550 del 8 de febrero de 2019 se resolvió el recurso de apelación confirmando en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida.

El reparo presentado por la recurrente se centra en señalar que para el reconocimiento de la pensión debían tenerse en cuenta dos momentos, el primer momento, en el que se cumplían los requisitos y el segundo momento, cuando se causaba que era cuando se comenzaban a disfrutar las mesadas pensionales, procediendo a realizar el reconocimiento a partir del momento en que se realizó la desafiliación, ya que este era el acto mediante el cual se enteraban las administradoras que las personas ya habían cumplido los requisitos.

Al respecto, debe tenerse presente que la norma que regula la causación y disfrute de la pensión de vejez es el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, siendo pertinente precisar que si bien esta normatividad no fue en virtud de la cual le fue realizado el reconocimiento de la pensión de

vejez al demandante, la misma sigue vigente en tanto no se entiende derogada por la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, como quiera que el artículo 31 de la mencionada ley dejó vigentes las disposiciones regulatorias de los seguros de invalidez, vejez y muerte, así se tiene que la norma en comento señala:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.

La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

Igualmente, conviene recordar lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL281-2020 de Radicación No. 72149, en donde sobre el requisito de desafiliación se indicó:

(...)

De manera reiterada esta corporación ha dicho que el disfrute de la pensión de vejez está condicionado, en principio, a la desafiliación formal del sistema, tal y como se señaló en la sentencia CSJ SL15091-2015:

En ese orden, es evidente y surge nítidamente del precepto en comento (artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990) que, para poder entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es necesaria la desafiliación del sistema, lo que consecuentemente indica que mientras no exista esa desafiliación, el pensionado no puede recibir el importe de la mesada. Y la censura, en este punto, sostiene que la dicha situación no tiene cabida cuando se trata del reajuste de una pensión ya reconocida, pero si cuando se solicita el reconocimiento de una pensión de vejez desde una fecha anterior a la desafiliación y posterior a la estructuración de la pensión. Sin embargo, para la Sala tal distinción es irrelevante, porque en cualquier caso se necesita la desafiliación para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Si el Instituto reconoce una pensión desde su causación y sin mediar la desafiliación del sistema del pensionado –que continúa cotizando– la empieza a pagar, sin duda contraviene el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

Con base en lo anterior, no puede deducirse del cumplimiento de los requisitos la desafiliación del sistema, pues el afiliado cuenta con la posibilidad de seguir cotizando, toda vez que esos aportes adicionales pueden tener como propósito completar el requisito de semanas exigido para adquirir el derecho o incrementar el monto pensional cuya cuantía queda determinada en el momento de dicha causación.

En consecuencia, la cesación de pagos no supone per sé la desafiliación del sistema, pues son dos instituciones jurídicas diferentes, tal y como se expresó en la sentencia CSJ SL5515-2016, que reiteró lo dicho en la SL 6035-2015:

[...] no es exacto afirmar que la desafiliación del sistema de pensiones pueda presentarse de manera tácita, como que supone un acto de declaración de voluntad, bien sea del empleador o del afiliado, que,

desde luego, debe ser conocido por la entidad de seguridad social respectiva, que habrá de tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado pueda considerarse excluido del sistema.

Por otra parte, la falta de cotizaciones no supone necesariamente la desafiliación, porque la afiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas.

(...)

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, esta sala ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, como es el caso en que el afiliado continúa cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocerle la pensión, que ha sido solicitada en tiempo; por lo que se ha indicado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL 34514, 1 sep. 2009; SL 39391, 22 feb. 2011; SL 38558, 6 jul. 2011; SL 37798, 15 may. 2012).

En el caso en que el afiliado no continúe cotizando y su empleador no presente la novedad de retiro, solo en razón de esa conducta omisiva, no se puede negar la prestación, ella debe concederse desde el momento mismo del cumplimiento de la totalidad de los requisitos. Así lo ha señalado esta sala en sentencias como la CSJ SL 35605, 20 oct. 2009, SL4611-2015, SL5603-2016 y SL1744-2019, en la que se señaló:

(...)

En este orden y sin perjuicio de que el retiro del sistema sea una condición necesaria para el disfrute de la pensión, en la práctica esa voluntad puede manifestarse de diversas maneras y no simplemente con la prueba formal de la novedad de retiro. Pero tampoco es admisible que el demandante pretenda beneficiarse de su inactividad, pues, como lo resaltó Colpensiones, que desde el cumplimiento de los requisitos (30 de abril de 2010, toda vez que la última cotización la efectuó en el ciclo de octubre de 2009) hasta la fecha de la solicitud pensional (20 de junio de 2013), transcurrieron más de 3 años, sin ninguna razón válida.

(...)”

De conformidad con la normatividad y jurisprudencia citada se tiene que tal y como lo señaló el a quo, la regla general para empezar a recibir la pensión es la desafiliación del sistema, sin embargo, de manera excepcional pueden existir situaciones especiales que conducirían a realizar el reconocimiento sin que esto hubiese operado, por ejemplo, cuando el afiliado continúa cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocerle la pensión.

En el caso bajo análisis se advierte que como documental relevante obra en el expediente la Resolución No. SUB 133207 del 28 de mayo de 2019, que el acto administrativo a través del cual se realizó el reconocimiento, de cuyas consideraciones se desprende que si bien el

demandante presentó solicitud de reconocimiento pensional el 17 de julio de 2018 ante COLPENSIONES, ésta no accedió a la misma, por cuanto estaba siendo sujeto de verificación preliminar para normalizar la historia laboral del afiliado², lo cual aparentemente se realizó atendiendo a que *“(...) para acreditar las semanas necesarias para la pensión, el/la asegurado(a) allegó certificados sobre tiempos de servicios como servidor público remunerado sin cotización al régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES”*, refiriéndose que por tratarse de una pensión donde debía concurrir cuota parte pensional de entidades del sector público conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 33 de 1985, se procedió a consultar el proyecto de Resolución mediante oficio BZ2019_5219056_9-115906 al Departamento de Cundinamarca, el cual fue recibido por dicha entidad el 25 de abril de 2019, sin embargo, como no se obtuvo pronunciamiento respecto de la cuota parte consultada se entendió aceptada y se aplicó el silencio administrativo positivo conforme al Decreto 2709 de 1994, procediendo a cargar la cuota parte y a proferir el acto administrativo.

De lo anterior, y si bien en principio no podría colegirse que se hubiese presentado una conducta renuente de la demandada ante la solicitud inicial del reconocimiento, el hecho de encontrarse en una averiguación preliminar para normalizar la historia laboral pudo haber acarreado la continuidad de la cotización, pues, aunque la resolución mencionada en líneas anteriores da cuenta de una verificación de los tiempos públicos servidos para normalizar la historia laboral, al no obrar en el plenario la Resolución en que se determinó la verificación preliminar (SUB 295349 del 14 de noviembre de 2018) y a través de las cuales se resolvieron los recursos de reposición (SUB 25462 del 28 de enero de 2019) y apelación (DIR 550 del 8 de febrero de 2019), no es posible establecer con claridad si por lo señalado en esta podría llegar a considerarse la necesidad de la continuidad de la cotización, máxime que en la mencionada Resolución SUB 133207 del 28 de mayo de 2019, se indica que el 14 de febrero de 2019, el demandante presentó solicitud para que se ampliara información

² Lo cual se indica se efectuó en la Resolución No. SUB 29349 del 14 de noviembre de 2018.

sobre la investigación que se adelantaba con el trámite de su pensión y así aportar los documentos necesarios para dar solución a su situación.

De otra parte, en la Resolución No. SUB224436 del 16 de agosto de 2019, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición presentado por el demandante contra la Resolución No. SUB 133207 del 28 de mayo de 2019, en el cual se solicitaba se reconociera la pensión a partir del 1° de marzo de 2019, por ser esta la fecha en que se dejó de realizar aportes, ante dicha petición se indicó lo siguiente:

“Que en cuanto el disfrute de la presente pensión será a partir del 1° de junio de 2019, que verificada la historia laboral se evidencia como ultimo periodo cotizado junio de 2019, que el empleador no reportó novedad de retiro, la cual no se refleja en la historia laboral con la letra R, que de conformidad con la Circular interna 24 de 2018, para efectos de establecer la fecha de disfrute de la pensión de vejez se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

C. para que haya lugar al pago del retroactivo pensional, el trabajador dependiente deberá acreditar que ha cumplido los requisitos para obtener el derecho a la pensión y, además, el retiro con último empleador.

Si no aparece registrada la desafiliación con el ultimo empleador la prestación se reconocerá a corte de nómina.

Que igualmente es preciso indicar que una vez estudiados los documentos aportados por el asegurado y revisada la historia laboral, se establece que no se evidencia novedad de retiro en el sistema general de pensiones con el empleador, para el mes de febrero del año 2019, por ende, deberá acreditar el retiro.

(...)”

Revisados los tiempos de servicios prestados señalados en las Resoluciones expedidas por COLPENSIONES aludidas y compararlas con el resumen de semanas cotizadas por empleador vista a fls 4-10, se advierte que el último periodo de cotización efectuado por el demandante es de febrero de 2019 y no de junio de 2019 como se indicó por la demandada en dicho acto administrativo.

Por otra parte, al analizar el soporte de autoliquidación de aportes allegado del mes de marzo de 2019 (fl. 39), se observa que aunque en dicha planilla no se reportó novedad de retiro pues se registró en novedades VST (variación de salario transitoria) y no RET (retiro), se advierte que en lo que atañe a la cotización a PENSIÓN se registran en

cero (0), los ítems para su liquidación y pago, tales como administradora, días cotizados, IBC, cotización, FSP, aportes voluntarios, indicador tarifa especial y total aporte, mientras que las cotizaciones a SALUD, ARP y PARAFISCALES si registran valores, de lo que se deduce que se debió hacer algún reporte, ya que el sistema de autoliquidación de aportes no permite pagos a unas entidades y a otras no, salvo que medie algún tipo de registro por una novedad, que en el caso particular podría tratarse de la novedad de retiro por pensión (Requisitos cumplidos para pensión) que es la que permite que el cotizante se retire únicamente del subsistema de pensiones mientras se procede con el reconocmiento, la cual no implica desafiliación del sistema tal y como se advierte de lo señalado en la página web de COLPENSIONES³, pero si reitera la intención de obtener el reconocmiento pensional.

Ahora bien, tampoco puede pasarse por alto que en la Resolución No. 133207 del 28 de mayo de 2019, se indicó que el demandante presentó una PQR radicada bajo el No. 2019_2050818 del 14 de febrero de 2019, en el que solicitó colaboración para que se le ampliara la información sobre la investigación que se llevaba a cabo con el trámite de su pensión y así aportar los documentos necesarios para dar solución a su situación, igualmente, se mencionó que mediante radicado 2019_4387654 del 3 de abril de 019, el empleador del actor (AVE COLOMBIA SAS), solicitó a través de PQR información detallada sobre el estado de la investigación administrativa así como se le informara sobre el procedimiento que debía adelantar la empresa para solicitar el reconocmiento de la pensión de vejez favor del actor, lo que nuevamente demuestra las intenciones que se tenían frente al reconocmiento pensional del actor.

De los anteriores documentos, es posible inferir una intención clara de obtener el reconocmiento pensional, aunado a que del hecho que no se hubieren realizado cotizaciones con posterioridad al periodo de febrero de 2019 y que para el ciclo de marzo de 2019 ya no se realizaran cotizaciones a pensión como se desprende del comprobante de autoliquidación de

³Novedad P. COLPENSIONES. Archivo recuperado de:
<https://www.colpensiones.gov.co/loader.php?lServicio=Glosario&letra=N>

aportes del mes de marzo de 2019, no dejan duda de la intención de finalizar la afiliación al sistema para obtener la pensión de vejez desde el 1° de marzo de 2019, razón por la cual como para dicha data ya había cumplido los requisitos para obtener el derecho al reconocimiento pensional y había expedido actos inequívocos que demostraban su intención de desafiliación al sistema se procederá a conformar la decisión del a quo.

El segundo punto objeto de discusión se centra en la prosperidad de los intereses moratorios, en tanto se argumentó que los mismos no resultaban procedentes pues la recurrente refirió que la conducta desplegada no era caprichosa o arbitraria, sino que atendía al respeto a una normatividad que regía el derecho en controversia, sobre el tema, resulta oportuno traer a colación lo dispuesto recientemente por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL3868-2021 con radicación No. 58496, en donde se señaló:

“(…)

En punto a la procedencia de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, basta recordar que esta Sala es del criterio que proceden siempre que haya retardo en el pago, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o las circunstancias que hayan rodeado la discusión del derecho pensional, en tanto su imposición es simplemente el resarcimiento ante los efectos adversos para el acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora, si bien la Sala ha reconocido la existencia de algunas excepciones puntuales, también lo es que estas no se configuran en el caso en estudio, puesto que no se trata de un cambio de línea jurisprudencial ni la negativa pensional se dio al amparo del ordenamiento legal vigente; por el contrario, tal como se advierte de lo expuesto, la entidad sí retardó el trámite de la prestación que en el sistema debería estar disfrutando la actora.

(…)”

En el caso bajo estudio si bien se advierte que se ha mencionado por el recurrente que el reconocimiento de la pensión se realizó una vez se realizó la desafiliación, lo que se advierte en las documentales allegadas tal como la resolución SUB 133207 del 28 de mayo de 2019, es que el disfrute de la pensión se concedió a partir del 1° de junio de 2019, toda vez que no se evidenció retiro del sistema general de pensiones para el periodo de febrero de 2019, es decir, que el reconocimiento se hizo a partir

de esta fecha en cumplimiento de lo establecido en la normatividad vigente referente a la causación y disfrute de la pensión (Artículo 13 Decreto 758 de 1990), en donde se señala que era necesaria la desafiliación al sistema para el disfrute de la pensión, lo cual como se ha dicho es la regla general para la procedencia de la percepción de la pensión, por lo que se absolverá a la demandada del reconocimiento de los intereses moratorios, en tanto la negativa se dio bajo el amparo de la normatividad vigente, y si bien se encontró que en este caso particular existía una situación especial que constituía una excepción a esa regla esta valoración solo le era dable a la jurisdicción ordinaria, razón por la cual se procederá a revocar el numeral 4 de la sentencia y se absolverá a la demandada del pago de los intereses moratorios reclamados.

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: REVOCAR el numeral 4 de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 30 de noviembre de 2020 y en su lugar absolver a la demanda del pago de los intereses moratorios de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.


SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

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 MARIA MARGARITA MARTINEZ FRANCO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 029 2019 00749 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre 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 demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de abril de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida

declaración, solicitó se ordenara a PORVENIR S.A. a trasladarla junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES y a COLPENSIONES recibirla como afiliada sin solución de continuidad.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada y cotizando en pensiones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, desde el 16 de julio de 1986 hasta el 31 de octubre de 1991; se afilió a pensiones en PORVENIR S.A. el 1° de marzo de 2000; la afiliación se produjo como un requisito para vincularse laboralmente a PORVENIR S.A., en razón a que los documentos que la misma le entregó para su contratación se encontraba el formulario de afiliación a pensiones; la administradora no le dio información oportuna referente a las ventajas, beneficios y desventajas de efectuar afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ni que podría retractarse de la afiliación y tampoco le informó sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes que cumpliera 47 años; cotizó al Sistema General de Pensiones un total de 1233 semanas y para agosto de 2019 aportó sobre un IBC de \$14.042.428.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 d 1994, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994. También citó la circular externa 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria y trajo a colación las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral No. SL4964-2018, SL1452-2019 y SL1689-2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 69 a 74, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la

demanda con fundamento en que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que había suscrito para cambio de régimen y que la elección de régimen y administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones dejando sin certeza lo estipulado en el escrito de demanda, aunado a ello, manifestó que como la demandante fue válidamente afiliada a PORVENIR S.A., no probó error, fuerza o dolo, en la afiliación, por lo que no procedía la declaratoria de invalidez. Propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 157 a 175, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento manifestó que no se allegó prueba si quiera sumaria de las razones que sustentaban la ineficacia o nulidad de la afiliación, su elección de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria precedida del cumplimiento en el deber de información por parte del fondo, además, refirió que no era posible solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de la AFP para la fecha de traslado y que por tanto no había lugar a ordenar el retorno de la demandante al RPM ni trasladar el capital acumulado y si en gracia de discusión resultara procedente no habría lugar a la devolución de gastos de administración pues se generaría un enriquecimiento sin causa ni la devolución de las cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, ya que los mismos se habían cubierto durante la vigencia de la relación. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de abril de 2021, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciera la señora **MARÍA MARGARITA MARTÍNEZ FRANCO** identificada con la C.C. # 22.635.422 ante el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el día 1° de marzo de 2000 con efectividad a partir del 1° de mayo de 2000, por los motivos expuestos en esta providencia, en consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al **RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** y por lo mismo siempre permaneció en el **RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA**.

SEGUNDO: ORDENAR al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **MARÍA MARGARITA MARTÍNEZ FRANCO**, por concepto de cotizaciones y rendimientos sin lugar a descuento alguno para lo cual se le concede el término de treinta días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a recibir del **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: sin condena en costas.

QUINTO: de no ser apelada la presente sentencia por parte de **COLPENSIONES CONSÚLTESE** con el honorable **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ.**”

Como fundamento de su decisión, argumentó que éste caso no correspondía a la generalidad de todos los procesos que se adelantaban respecto de la ineficacia del traslado de régimen pensional, teniendo en cuenta la calidad que ostentaba la demandante y la labor que desempeñada al interior de la AFP, cuestionando si en este caso se debía dar un trato distinto en lo relativo al deber de información y si había alguna manera de castigar a la demandante por la actividad y la vinculación que tuvo con Porvenir S.A., o por el contrario, si se debía dar un trato igual al de los demás ciudadanos que se trasladaban de régimen pensional, sobre el particular, señaló que para resolver dicho interrogante debía tenerse en cuenta que en virtud del principio de igualdad y los principios que inspiraban toda el sistema de Seguridad Social, se le debía dar un trato igual a la demandante, en esa medida se analizaría si al momento de la afiliación la demandante, tenía los conocimientos suficientes para saber las características de uno y otro régimen pensional, sus diferencias y sus implicaciones y, por otro lado, si la empresa demandada le brindó capacitación, así concluyó que la demandante tenía

para el momento de su vinculación una experiencia en el área comercial en ventas, y destacó que si bien había una evaluación realizada a la demandante la misma carecía de fecha y no se podía establecer hubiese sido realizada con anterioridad a la afiliación y que en todo caso de esta no se podía establecer que los conocimientos que le brindaron estuvieran relacionados con los sistemas pensionales.

Igualmente, se indicó que en efecto la demandante se afilió a PORVENIR quien además fungía como su empleador, sin embargo, no obraba prueba de la que se pudiera colegir que para la fecha en que la actora suscribió el formulario de afiliación hubiese antecedido una capacitación clara, profunda respecto de los sistemas pensionales existentes, por lo que al momento de su afiliación tenía las mismas condiciones que tiene cualquier otro ciudadano que fue afiliado sin brindar la información suficiente, resaltándose además, que en el interrogatorio rendido por la misma, esta indicó que dentro de su formación no estaba la de ser conocedora de los regímenes pensionales y señaló que durante los años de servicios se han venido aumentando las exigencias y se había venido capacitando y que en todo caso tampoco se aportaron documentos relacionados con el título profesional ni documentos de seminarios, diplomados y/o capacitaciones, que tuvieran que ver con la Seguridad Social y específicamente con los temas pensionales, ni se aportó la hoja vida con los soportes que permitieran establecer que la demandante conocía el tema.

Así concluyó que se incumplió con ese deber de información claro, suficiente y sobre todo con ese deber de asesoría y de formación a personas como la demandante, lo cual incluso repercutía en la afiliación y en el traslado de los demás ciudadanos y por tanto accedió a las pretensiones de la demanda, ordenando la devolución de los aportes, rendimientos y no condenaría en costas y a los gastos de administración como quiera que éstos estaban fijados por ley y resarcían de alguna manera toda la actividad que desempeñó el fondo para obtener los rendimientos que irían a aumentar en los dineros que tiene la demandante en su cuenta de ahorro individual

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida y solicitó que se revocara totalmente la misma, al considerar que se le quitó el valor probatorio al interrogatorio de parte que la demandante rindió, limitándose a decir que no había prueba que lograra establecer la información otorgada a la demandante cuando del interrogatorio se desprendía que sí se cumplió con esta información para el año en que se realizó el traslado y durante los años que la misma había estado vinculada con PORVENIR y que no se le dio la importancia suficiente a la condición particular de la demandante, refiriéndose que frente al examen de acceso se indicó que no se lograba identificar la fecha de cuando se realizó pero que debía tenerse en cuenta que en el interrogatorio hubo unas capacitaciones previas a este examen y que este había sido con anterioridad a su vinculación, así mismo, manifestó que la demandante también aceptó conocer los regímenes pensionales y la ley 100 por las capacitaciones que recibió ya que la función que realizaba era la de asesorar a los afiliados o potenciales afiliados, destacando que las pruebas practicadas demostraban que fue informada conforme al deber de información para ese año y había seguido siendo informada respecto a los regímenes pensionales en Colombia durante todos estos años por su oficio como asesora de Porvenir, siendo una persona que conocía en detalle los regímenes pensionales, por cuanto el cumplimiento de su labor le exigía recibir las actualizaciones de su empleador por lo que no se configuraba la ineficacia del traslado. Igualmente, manifestó que no podía pasarse por alto que la demandante a esa altura también conocía que su última oportunidad para trasladarse al régimen de prima media era antes de cumplir los 47 años, de manera que en la actualidad buscaba retrotraer todo a su estado original para pudiera obtener un beneficio económico en el régimen de prima media, por lo que la declaratoria de la ineficacia no debía regir sobre el monto de la mesada pensional

Por su parte, el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido, solicitando modificar el numeral 2 del resuelve en el sentido que se ordenará a la administradora del Fondo Privado la devolución de los gastos de administración con fundamento en lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, sentencia SL1421-2019, conforme a la cual ante la ineficacia de la afiliación todo debía retornar al régimen de prima media de tal suerte que se deberían devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, en tanto que la nulidad declarada fue producto conducta indebida de la administradora, debía asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas

solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del

régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Precisado lo anterior y toda vez que en el presente asunto el reparo se centra en cuestionar que la demandante si fue debidamente informada tanto al momento del traslado como durante los años que la misma estuvo vinculada laboralmente con PORVENIR S.A., desconociéndose por el a quo los reconocimientos que la demandante efectuó en interrogatorio de parte rendido, se procederá a analizar lo allí expuesto en conjunto con las demás pruebas obrantes en el plenario a efectos de advertir si se acredita o no el desacierto endilgado.

Descendiendo en el análisis de advierte que la demandante durante el interrogatorio de parte absuelto indicó que era asesora comercial de Porvenir S.A. y siempre había desarrollado dicho cargo en la compañía desde su ingreso a la misma que ocurrió el 1 de marzo de 2020, llevando 21 años de servicios para la misma; su nivel de estudios era bachiller técnico y que al momento de su ingreso a la compañía tenía experiencia en ventas (seguros) y como secretaria; recibió capacitación con posterioridad a su ingreso a la compañía aproximadamente entre el 15-16 de marzo de 2000 durante 9 días con el objeto de hacer traslados de régimen, traslados de cesantías, vinculaciones iniciales y sobre la ley 100 de 1993 (régimen de transición) y para esa época se les decía que estar afiliado en uno u otro régimen era lo mismo; recibió capacitación continuamente pero desde hacía 12 años fue cuando se implementó el simulador y la doble asesoría; cuando tuvo oportunidad de hacer el traslado tuvo una contingencia de su esposo por cáncer y se le pasó el

tiempo sin poderla hacer pues cumplió los 47 años y en todo caso consideró que en uno y otro lado se pensionaría con lo mismo máxime que para dicha data no había simulador ni doble asesoría ni se enviaba la carta que en la actualidad se remitía informando que le quedaban 11 años; la decisión de demandar duró desarrollándola 10 años ya que en el área comercial se tenía la concepción que si se trasladaban de régimen lo iban a sacar de la compañía y también por fidelidad a la misma pues llevaba 21 años trabajando en la empresa; la intención de trasladarse se daba por temas económicos ya que le correspondería una prestación por garantía de pensión mínima por lo que incluso no se pensionaría con el capital acumulado en su cuenta que ascendía a \$240.000.000, al preguntársele si para la fecha en que se afilió le habían explicado en la capacitación cuales eran los requisitos del régimen de prima media y cuales eran las modalidades en el régimen de ahorro individual indicó que si pero que fue muy encima y que para dicha época no había un simulador para determinar que se estaba cometiendo un error al trasladarse.

Así se tiene que, la demandante refiere que se vinculó laboralmente a PORVENIR S.A. el 1° de marzo de 2000, fecha para la cual refiere realizó el traslado de régimen de lo cual da cuenta la solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Cesantías y/o pensiones obligatorias PORVENIR (fl. 75), y señaló que recibió capacitación con posterioridad con el objeto de hacer traslados de régimen y cesantías, vinculaciones iniciales y sobre la ley 100 de 1993, no obstante, que para esa época se les decía que estar afiliado en uno u otro régimen era lo mismo y en todo caso pese a que reconoció que en dicha capacitación se le había explicado cuales eran los requisitos del régimen de prima media y cuáles eran las modalidades en el régimen de ahorro individual, también señaló que la misma había sido muy general y no era factible advertir que podían existir desventajas que ello pudo advertirse cuando se implementó el simulador momento para el cual ya no podía trasladarse.

Igualmente, no puede perderse de vista que la demandada no allegó soportes sobre la vinculación laboral sostenida con la demandante, lo cuales resultaban relevantes a efectos de establecer si la capacitación

mencionada ocurrió antes o después del traslado de la demandante hacia el RAIS realizado a través de PORVENIR S.A., pues el Formato Gerencia de Recursos Humanos, jefatura Nacional de Selección, capacitación y desarrollo – Hoja de vida PORVENIR de fecha 2 de febrero de 2000 (fl. 152-153), lo que da cuenta es que la demandante para el año de su vinculación laboral poseía estudios intermedios en secretariado general y experiencia como asesora de ventas de seguros (Suramericana), secretaria de ventas (Eléctricos Modelia) y secretaria de servicios generales (Lec Lee), de lo que se evidencia que la demandante no poseía conocimientos ni experiencia en materia de Seguridad Social y mucho menos en pensiones cuando empezó el proceso de selección para su posible vinculación con la demandada, aunado a ello, la evaluación de conocimientos básicos sobre SCI-SAC-MULTIFONDOS PO (fl. 155-156), da cuenta de una capacitación realizada a la demandante sobre el sistema de control interno (SCI), sistema de atención al consumidor financiero (SAC) y Multifondos Po, en la que se valoraron los conocimientos de la misma sobre estos temas, sin embargo, esta carece de fecha lo que impide saber en qué momento se efectuó y en todo caso, versa sobre aspectos relacionados con los esquemas de administración de los fondos de PORVENIR y las reglas de estos.

Tampoco puede pasarse por alto que aunque la demandante reconoció que su empleador suministró capacitación continuamente, destacó que las herramientas que permitieron conocer las desventajas y/o diferencias entre un régimen y otro, así como, las consecuencias de traslado, tales como el simulador se implementaron cuando la misma ya no poseía la facultad de trasladarse por tener mas de 47 años, sin que se hubiese allegado soporte alguno del que se pudiera colegir que la misma tuviera un claro conocimiento sobre ello, lo cual bien pudo acreditar la demandada con los soportes de capacitaciones recibidas por la demandante o asistencia a charlas o seminarios, entre otros, aunado a ello, se advierte que este tema de la nulidad de afiliación a adquirido relevancia en los últimos años y es partir de ese momento en que las administradoras se han preocupado por su deber de información.

Finalmente, el hecho que la demandante tenga un interés económico respecto al monto de su mesada pensional, deviene de la expectativa que tenía sobre la misma y esto a su turno de no conocer a profundidad las ventajas y/o desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las consecuencias del traslado, por lo que esto per se, no desvirtúa la solicitud, además, no puede pasarse por alto la condición que tenía PORVENIR S.A., en este caso particular, pues es la empleadora de la demandante y sin lugar a dudas ello genera presiones dada su posición dominante en la relación laboral frente a la adopción de una decisión como la aquí debatida.

Así se tiene que, que las pruebas allegadas y practicadas no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que PROVENIR S.A., suministró a la posible afiliada una mínima información acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de las que pudiera concluir que al haber realizado el mismo podría perjudicarla, por lo que se procederá a conformar la decisión del a quo en este sentido.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, reclamados por COLPENSIONES, se tiene que aunque el fallador de primera instancia no accedió a los mismos, sobre este tema no existe duda sobre su procedencia, pues éste igualmente ha sido un criterio reiterado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al señalar en lo pertinente:

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

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

De conformidad con lo anterior, y toda vez que es clara la procedencia de los gastos de administración al ser una consecuencia de la indebida conducta desplegada por la administradora debiendo asumir los cargos por los deterioros sufridos por el bien administrado, dentro de los que se encuentran los gastos de administración en que se hubiere incurrido, se procederá a modificar el numeral 2° de la sentencia en el sentido de incluir dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. los gastos de administración.

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 parte resolutive de la sentencia proferida el 19 de abril de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de incluir dentro de los valores a devolver por PORVENIR S.A., los gastos de administración, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida 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

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

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00587 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre 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 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. 84) y remitido el expediente a esta Corporación el 27 de mayo 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 \$170.667, 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 MISLENY NIETO OJEDA, por el periodo comprendido entre el 22 de julio de 2014 al 25 de julio de 2014, por parte de SANITAS EPS S.A., generando una licencia por enfermedad de 4 días y que la DIAN mediante Resolución del 26 de noviembre de 2014, le reconoció licencia por incapacidad general a la misma, la cual le fue pagada a la funcionaria de acuerdo con los comprobantes de nómina aportados, no obstante, SANITAS EPS S.A. no les ha realizado el pago.

III. RESPUESTA DE SANITAS EPS S.A.

La demandada sostuvo que las pretensiones carecían de sustento fáctico y normativo, en la medida que no resultaban procedentes por cuanto la incapacidad expedida tenía origen en un riesgo laboral que excedía las obligaciones a cargo de ésta. Propuso las excepciones de Prescripción, cumplimiento de las obligaciones que la competen a EPS SANITAS S.A.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, no accedió a las pretensiones planteadas, señalando que aunque estaba probado que la Señora MISLENY NIETO OJEDA sostuvo relación laboral con la DIAN desde el 24 de febrero de 1993, que la misma al momento de otorgársele la prestación económica se encontraba afiliada al Sistema de Seguridad Social en salud en Sanitas EPS, por lo que era beneficiaria de las prestaciones económicas que incluye el régimen contributivo, así como que la incapacidad le había sido expedida del 22 al 25 de julio de 2014, por 4 días y que esta había sido pagada

(31/07/2014), al analizar la excepción de prescripción propuesta por la demandada indicó que uno era el termino de prescripción para acudir a la EPS contemplado en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 (3 años) y otro para acudir a la jurisdicción consagrado en el artículo 151 del C.P.T y S.S. (3 años interrumpido con la presentación de la reclamación del demandante), por lo que al presentarse la solicitud de pago ante la EPS conforme al artículo 28 de la ley 1438 de 2011, se interrumpiría el término de prescripción señalado en el artículo 151 del C.P.T. y S.S., sin embargo, al revisar el material probatorio allegado se encontró misiva No. 100214903-755-2016 de fecha 20 de mayo de 2016, que contenía la solicitud de reembolso pero esta carecía de fecha de recibido de la EPS demandada por lo que no se interrumpió el término de prescripción, de manera que al haberse presentado la demanda el 6 de junio de 2018 y la incapacidad haberse pagado en julio de 2014, la solicitud estaba presentada fuera de término, pues los 3 años corrieron hasta el 31 de julio de 2017.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La DIAN, impugnó la decisión, mediante escrito en el que mencionó que la excepción de prescripción no estaba llamada a prosperar, en la medida en que el oficio No. 100214903-755-2016 de fecha de mayo de 2016, fue radicado en la EPS SANITAS S.A., el 31 de mayo de 2016, que causaba extrañeza que la demandada hubiera indicado en sus argumentos de defensa una información que no correspondía a la realidad ya que ocultó información relevante como la relacionada con el oficio en mención, pues ésta tenía en su poder el mismo, siendo en sede de la demanda que SANITAS EPS S.A. presentó la excepción de prescripción, la cual no le asistía pues la reclamación se había presentado el 31 de mayo de 2016, es decir, que se había presentado dentro de la oportunidad legal establecida, de manera que no era de recibo el alcance dado por el a quo a un trámite que exigía la propia demandada y que se había incurrido en un error de apreciación al darle connotación a un oficio donde se allegaba una relación de documentos de servidores incapacitados cuando el oficio de relación era el 100214309-755-2016 de fecha 20 de mayo de

2016, el cual se anexaba junto con la guía de entrega remitida por 472, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión y se accediera a las pretensiones de la demanda.

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

VI. 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 en este caso la excepción de prescripción propuesta por SANITAS EPS S.A., estaba o no llamada a prosperar y dependiendo de ello establecer si se debían reconocer y pagar a favor de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” el reembolso de las incapacidades reclamadas por ésta.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en materia de prescripción sobre reembolso de prestaciones económicas, existe norma especial y concreta contemplada en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, la cual dispone:

“ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. *El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.”*

Así las cosas, se tiene que la prescripción del derecho del empleador a solicitar reembolso ante las EPS por las prestaciones económicas que haya cancelado a sus trabajadores se regirá por lo señalado en la norma antes mencionada, siendo pertinente aclarar que si bien se advirtió que en la sentencia de la Superintendencia Nacional de Salud se indicó que resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 151 del CPT y S.S. en lo relativo a que la solicitud del empleador interrumpiría el término de prescripción debe tenerse presente que dicho artículo dispone:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”*

De la norma trascrita, se colige que por regla general las acciones que emanen de la normatividad laboral prescribirán en 3 años y solo se faculta para interrumpir la prescripción cuando el reclamante tenga la calidad de trabajador, ya que la norma así lo dispone, sin que la misma resulte extensiva a otros sujetos que no tengan dicha calidad como podría ser los empleadores y/o entidades del sistema de seguridad social, pues o que busco el legislador fue proteger los derechos de los trabajadores al considerar que éstos cuentan con menos herramientas y recursos para controvertir sus derechos, por lo que en este caso no procede la interrupción de la prescripción ya que se trata de un sujeto distinto al trabajador.

Descendiendo en el análisis se advierte que como documental relevante se aportó copia de un documento emitido por SANITAS EPS S.A. denominado “*CERTIFICADO DE INCAPACIDAD LABORAL LICENCIA DE MATERINIDAD O PATERNIDAD*” con No. de autorización 16-54264698, en el que se registra la información de la trabajadora en cuestión y de la incapacidad que le fue expedida, estipulándose en las observaciones lo siguiente “*HACER RECOBRO A LA RESPECTIVA ARL. FECHA DE AT 21/07/2014 HORA 14:49 DR. OMAR LABARRACIN EM 01702*”, con fecha de radicación del 17 de octubre de 2014, advirtiéndose que en la contestación de la demanda la EPS SANITAS manifestó que la incapacidad se generó sin reconocimiento económico para que fuera asumida por la ARL, de lo que se colige que dicho documento corresponde es al certificado de incapacidad expedido a la trabajadora.

Así mismo, se allegó oficio No. 100214309-755-2016 de fecha 20 de mayo de 2016, que da cuenta que la DIAN solicitó a SANITAS EPS S.A. el pago de incapacidades pendientes por conceptos de incapacidad por enfermedad general, licencia de maternidad y licencia de paternidad sin hacer alusión a algún trabajador en particular y no se allegan los anexos

en donde podrían estar relacionados los trabajadores frente a los cuales se presenta la reclamación, por lo que no es factible establecer que dicho documento contemplara alguna solicitud relacionada con la trabajadora MISLENY NIETO OJEDA y en todo caso la misma carece de recibido o soporte de entrega a la demandada, nótese que en el registro de salida del sistema de gestión documental de la entidad se estipuló correo certificado de lo que se concluye que sería remitido bajo este tipo de correo y sin que se allegara la planilla de envió y el certificado de entrega del mismo.

Ahora bien, respecto a lo relacionado, con que la demandada ocultó información relevante frente a la reclamación realizada mediante el oficio aludido, debe tenerse en cuenta que ello no resulta evidente de las pruebas allegadas, máxime cuando de conformidad con el artículo 167 del CGP, corresponde a las partes probar los supuestos de hecho que aducen en procura de obtener el efecto jurídico perseguido, por lo que correspondía a la DIAN acreditar el momento en que se había presentado la reclamación ya que era la parte que se encontraba en una mejor posición para aportar la prueba, por ser esta una actividad desplegada por la misma, por lo que no estamos en un escenario en que fuera dable trasladar su carga a la contraparte.

Aunado a lo anterior, se advierte que efectos de acreditar la presentación de la reclamación junto con el recurso se aportó nueva documental, aportación que resulta a todas luces inconducente como quiera que no se allegó en la oportunidad procesal pertinente, esto era, con la presentación de la demanda, debiéndose recordar 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 SL440-2021, lo cual indudablemente también se aplica para las pruebas.

En ese orden de ideas y como quiera que en este caso el derecho se hacia exigible una vez se hubiesen cancelado las incapacidades a la trabajadora, lo cual quedo acreditado en el fallo del a quo para el 31 de julio de 2014 (como quiera que frente a ello no existió controversia), se tiene que los tres años que tenía la DIAN para reclamar sin que prescribiera el derecho se cumplieron el 31 de julio de 2017, de modo que al no haberse acreditado cuando se presentó la reclamación ante SANITAS EPS S.A. y toda vez que el libelo demandatario se presentó el 8 de junio de 2018, como se desprende del sticker de radicación visto a fl. 1 del expediente, se tiene que el derecho se encuentra prescrito, por lo que se procederá a conformar la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud, teniendo en cuenta las razones expuestas.

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 10 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
SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SALUD TOTAL EPS S.A
contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN**
SOCIAL, CONSORCIO SAYP 2011 y UNION TEMPORAL NUEVO
FOSYGA y UNION TEMPORAL FOSYGA 2014.

RADICADO: 11001 3105 038 2016 00383 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre 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 demandante SALUD TOTAL EPS S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de septiembre de 2020.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por el apoderado de la parte actora, quien reiteró la solicitud de revocatoria de la sentencia, en la medida en que la misma no atendía a los postulados del equilibrio financiero que regían las relaciones entre las EPS y el estado como

delegatario del FOSYGA hoy ADRES, teniendo en cuenta que el a quo negó totalmente las pretensiones de la demanda basado en qué no se solicitó la devolución o reintegro de los valores pagados por los servicios no incluidos en el POS, sino que solicitó el resarcimiento de unos perjuicios materiales correspondientes a los pagos de los servicios NO POS que no se encontraban financiados con la UPC, resarcimiento que correspondía a una sanción pecuniaria que se encontraría descartada por el Decreto 1281 de 2002, indicando que debía distinguirse entre lo que se entendía por sanción pecuniaria y por indemnización, precisando que esta última pretendía devolver las cosas al estado en que se encontraban antes de la materialización del perjuicio, mientras que la sanción pretendía castigar el incumplimiento, en esa medida al analizar las pretensiones de la demanda, se advertía que no estaban dirigidas a la imposición de multas, cláusulas penales, cobro de intereses o cualquier otra figura que pudiera considerarse una sanción pecuniaria, lo que se solicitaba era el resarcimiento e indemnización de perjuicios específicamente el daño emergente correspondiente a los valores del servicio NO POS por los que se elevaron las 5 solicitudes de recobro en la demanda, adicionalmente, manifestó que al revisar el Decreto 1281 de 2002, el artículo 13 del mismo no disponía efecto alguno respecto de la radicación extemporánea de los recobros y a su turno el artículo 7 indicaba que en caso de presentarse por fuera de ese plazo no habría lugar al reconocimiento de intereses u otro tipo de sanción pecuniaria, de lo que se concluía que el desconocimiento de los plazos de radicación no extinguía el derecho sino que determinaba que el mismo no podría ser cobrado con intereses moratorios o sanciones pecuniarias, sentido en el que se había pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C- 510 de 2004 y el Consejo de Estado en sentencia en la que se estudió la nulidad de la Resolución 4377 de 2010, razón por la cual resultaban avantes las pretensiones solicitadas.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarará solidariamente responsables a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,

CONSORCIO SAYP 2011 y las sociedades fiduciarias que lo integraban y a la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA y UNION TEMPORAL FOSYGA 2014, junto con las sociedades comerciales que lo integraban, por el daño antijurídico que le habían causado por el no pago de los recobros por conceptos de tecnologías en salud no incluidas dentro del plan de beneficios vigente para la prestación de servicios, las cuales fueron rechazadas por glosa de extemporaneidad, por ser una carga económica del estado y no con sus recursos, en la medida que dichos servicios se suministraron por las EPS atendiendo fallos de tutela y/o autorizaciones del comité técnico científico y que nunca fueron cubiertos dentro del respectivo pago de la UPC a través del proceso de compensación, así como que incurrió en gastos injustificados por la gestión administrativa desplegada para solicitar la reclamación del pago de los recobros vía judicial correspondiente al 10% del valor de los recobros NO POS, en consecuencia se condenara a los demandados al pago de los perjuicios materiales (daño emergente) estimados en la suma de \$48.975.317, correspondientes a los valores que pagó por servicios NO POS y que no fueron reconocidos por la glosa de extemporaneidad, al pago de los gastos administrativos sufragados por la EPS para adelantar la reclamación de los recobros vía judicial correspondiente al 10% de estos por valor de \$4.897.531, al pago de intereses moratorios establecidos para los tributos administrados por la DIAN de acuerdo con el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002 y al reconocimiento y pago de la indexación de las sumas derivada de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

De manera subsidiaria solicitó se declarará solidariamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, CONSORCIO SAYP 2011 y las sociedades fiduciarias que lo integraban y a la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA y UNION TEMPORAL FOSYGA 2014, junto con las sociedades comerciales que lo integraban, como consecuencia del enriquecimiento de causa de estos y en detrimento del demandante con motivo del no pago del valor recobrado por la prestación de los servicios NO POS que fueron glosados con causal de extemporaneidad y en consecuencia se condenara a los demandados al pago a título de compensación de la suma de \$48.975.317

correspondiente a los valores que pagó y que no fueron reconocidos por lo servicios NO POS que fueron glosados con la causal de extemporaneidad, los cuales fueron suministrados por las EPS atendiendo fallos de tutela y/o autorizaciones del comité técnico científico y al reconocimiento y pago de las sumas debidamente indexadas.

En sustento de sus pretensiones, manifestó que había suministrado a sus afiliados una serie de servicios o tecnologías en salud NO POS que se encontraban excluidas del plan de beneficios del régimen contributivo, sin embargo se habían autorizado y brindado en procura del derecho a la vida y salud, de los cuales era responsable directo el estado al garantizar el funcionamiento y prestación del derecho y servicio de salud en cumplimiento de órdenes del fallo de tutela o por la decisión de un comité técnico científico; se presentaron 5 cuentas para pago del estado con los debidos soportes que acreditaban la prestación del servicio y suministro de acuerdo con los requisitos legales contemplados en las resoluciones no. 2949 de 2003, 3797 de 2004 2933 de 2006, 3099 de 2008 y 5395 de 2013, sin embargo dichos recobros fueron glosados con causal de extemporaneidad, los cuales no se fundamentaban en considerar qué los medicamentos no se encontraban incluidos en el POS reconociendo qué eran servicios de salud NO POS; desde el mismo momento en que hizo los recobros se evidenciaba que era el estado quién debía cubrir y financiar el suministro de este tipo de servicios de salud; la causal de glosa se fundamentó en que el término de 6 meses establecido en el artículo 13 del decreto 1281 de 2002 ya había expirado, término que se había contado por el FOSYGA desde la fecha en que la IPS radicó la factura y los demás soportes a salud total para pago tal y como lo preceptuaba el artículo 12 de la resolución 3099 de 2018 condición para que se hiciera el reconocimiento y pago de las cuentas vía administrativa, sin embargo ello no era óbice para que en la etapa de conciliación extrajudicial y judicial en la demanda el FOSYGA negara el reembolso de los valores que tuvo que asumir por la prestación de los servicios excluidos del POS; el artículo 111 del decreto 019 de 2012 otorgó el derecho a las EPS para que por una única vez el FOSYGA reconociera y pagara todos aquellos recobros cuya única glosa fuera el concepto de

extemporaneidad otorgando el beneficio no solo a aquellas cuentas radicadas en vigencia de la norma sino aquellas que se hubieran radicado con antelación a la expedición de la misma, siempre y cuando no hubiera operado la caducidad, lo cual se cumplía a cabalidad frente a las cuentas glosadas.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49 y 253 de la Constitución Política, el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, los artículos 4 y 13 del Decreto 1281 de 2002 y el artículo 111 del Decreto 019 de 2012. Así mismo, citó la sentencia de la Corte Constitucional C – 510 de 2004.

Mediante auto del 26 de junio de 2018, notificado por estado el 27 del mismo mes y año, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito declaró que carecía de jurisdicción para conocer de las diligencias y dispuso enviar la demanda a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para que resolviera el conflicto negativo de competencia propuesto.

En providencia del 24 de octubre de 2018, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto suscitado y asignó el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Ordinaria Laboral en cabeza del Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito.

Con posterioridad, en audiencia de trámite realizada el 15 de enero de 2020, se aceptó el desistimiento realizado por la parte actora de uno de los recobros solicitados correspondiente al No. 56468654 y se determinó que el proceso continuaría con los recobros restantes.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, dio contestación a la demanda (fl. 396-409), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que su representada no era la competente para pronunciarse frente a lo pretendido, máxime que había

existido pronunciamiento por otra entidad, al señalar que les fue rechazado el cobro bajo la causal de extemporaneidad y que no había sostenido ninguna clase de la relación con la demandante. Propuso las excepciones de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios – falta de integración del litisconsorte necesario e integración del contradictorio, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de competencia e indebida escogencia de la acción, inexistencia de la solidaridad entre entidades, prescripción e innominada.

Mediante auto del 2 de octubre de 2019 (fl. 469), notificado por estado el día del mismo mes y año, se dispuso reconocer como sucesora procesal de La NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL a la entidad ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES en los términos del artículo 68 del CGP y se aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demanda frente al CONSORCIO SAYP 2011 y A LA UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA 2014.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, en su condición de sucesora procesal de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL en punto a la administración de los recursos del sistema de seguridad social en salud, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, tanto principales como subsidiarias, por la E.P.S. SALUD TOTAL S.A. Lo anterior, específicamente, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la entidad demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'500.000, a favor de la parte accionada.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que lo que se reclamaba era un reconocimiento indemnizatorio, ya que no se reclamaba expresamente y dentro del término legalmente establecido el reembolso de los recursos, se trataba de una indemnización de perjuicios derivada del no pago, resaltando que cuando las facturas o las reclamaciones eran glosadas por extemporaneidad no había lugar al reconocimiento de intereses ni otras sanciones pecuniarias, como lo sería precisamente la declaratoria de responsabilidad que se solicitaba en la demanda, ni al pago de una reparación o una eventual indemnización de perjuicios ni a la pretensión subsidiaria, por lo que, dentro de este contexto, la EPS sólo tendría dentro de los plazos legalmente establecidos derecho a reclamar el importe de los gastos en los que hubiere incurrido que no estaban incluidos en el plan obligatorio de salud y que fueron generados con ocasión de providencias judiciales en acciones de tutela o por decisiones de los comités técnicos científicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002.

Igualmente, señaló que remitiéndose a la disposición que establece como alternativa que por una única vez se pueda reclamar el recobro correspondiente, ello supondría precisamente que no hubiera operado el fenómeno de la caducidad de que trata el Código Contencioso Administrativo de manera que al no reclamarse judicialmente los valores respectivos, los mismos habrían sido objeto del fenómeno de la caducidad, lo que enervaba la posibilidad de derivar un pago en favor de la entidad demandante.

Finalmente, manifestó que en este tipo de procesos no era dable ejercer las facultades extra y ultra petita, ya que estos solo aplicaban cuando se trataba de un trabajador como afiliado del sistema y no cuando se trataba de un conflicto entre entidades

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de SALUD TOTAL EPS, solicitó la revocatoria de la sentencia teniendo en cuenta que lo que la EPS solicitaba era el

reconocimiento de \$42.975.317 previo descuento de los recobros aludidos en la audiencia del artículo 77 del C.P.T., por cuanto esos valores fueron pagados por SALUD TOTAL y no fueron reconocidos por los demandados en su momento hoy en día a cargo de la ADRES, por concepto de la prestación de servicios de salud NO POS y que fueron glosados por causas de extemporaneidad, tal como se podía extraer de las pretensiones condenatorias no se pretendía el pago de algún tipo de perjuicio, sanción o interés, sino que lo que se pretendía era el reconocimiento de los servicios no incluidos en el POS que en su momento fueron prestados por la EPS a los distintos afiliados y frente a los cuales se realizó la glosa por la causa de extemporaneidad, de manera que se cumplieran todos los presupuestos y todas las condiciones esenciales para el reconocimiento a la EPS de este derecho al recobro, resaltando que como se había indicado en los alegatos y se había señalado en la sentencia el hecho de que estos recobros se hubieran presentado por fuera del término que en su momento consagraba el Decreto 1281 de 2002, esto es, de los seis meses no implica la prescripción del derecho, ni tampoco la caducidad de cualquier tipo de acción lo que conllevaba era al no reconocimiento de intereses moratorios o de algún otro tipo de sanción, como por ejemplo los gastos administrativos que también se estaban solicitando en la demanda, las cuales claramente resultarían improcedentes, finalmente circunscribió su apelación a las pretensiones principales en el sentido que se declarara que a su representada le correspondía el derecho de recibir los recobros y/o del reembolso de los servicios que en su momento efectuó por servicios no incluidos en el POS y se condenara a los 46.162.102 que corresponden a los 4 recobros no desistidos y a la indexación por la pérdida del poder adquisitivo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si la entidad demandante, tiene derecho al pago de los recobros requeridos por servicios y/o procedimientos no contemplados en el POS.

Sobre el particular, lo primero que debe indicarse es que esta sala tiene un entendimiento distinto al del A quo respecto de las pretensiones de la demanda, en tanto dicho juzgador consideró que lo que se reclamaba era una indemnización de perjuicios cuando lo que resulta evidente era el reclamo del pago de los servicios y/o procedimientos que la EPS demandante suministró a los afiliados que no estaban incluidos dentro del POS y que fueron suministrados como consecuencia de fallos de tutela o así haberse dispuesto en comité técnico científicos, siendo importante precisar que la técnica con la que presentó la demanda guarda relación con la Jurisdicción Contencioso Administrativo que fue a la que inicialmente se dirigió la acción, sin que pueda pasarse por alto que al haberse redirigido a la Ordinaria Laboral se intentó adecuar a la misma, y si bien quedó redactada en una forma distinta a la acostumbrada en estos escenarios, resultaba claro que aunque se solicitaba el pago de los perjuicios materiales (daño emergente) acto seguido explica que estos corresponden *“(...) a los valores pagados por SALUD TOTAL EPS-S.A. y que no fueron reconocidos por los demandados por concepto de la prestación de servicios de salud NO POS (...) y fueron suministrados por la EPS atendiendo las autorizaciones del Comité Técnico Científico y/o fallos de tutela, mismos que no fueron pagados por FOSYGA en su totalidad siendo una carga exclusiva de aquella cuenta”*, de lo que no existía lugar a dudas que lo que se solicitaba era el pago de recobros por servicios y/o procedimientos no contemplados en el POS.

Aclarado lo anterior, se realizará en un recuento normativo, respecto a las normas que rigen el asunto, empezando por señalar que la Ley 100 de 1993, creó el *“Sistema de Seguridad Social Integral”*, con la finalidad de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de brindar una calidad de vida de acuerdo con los postulados constitucionales, mediante la protección de las contingencias que la afecten, y estando sujeta a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.¹

¹ Consejo Superior de la Judicatura. M.P. DR. JULIA EMMA GARZON DE GOMEZ

A su vez el Art. 156 de la Ley 100 indica las características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo en su literal c), que *“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.*

Entre tanto, el artículo 7.º del Decreto 806 de 1998, prevé que el Plan Obligatorio de Salud: *“Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

No obstante, cuando un servicio médico, procedimiento y/o los medicamentos no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, está en la obligación de brindarlo, y presentar ante el FOSYGA hoy a la ADRES² la cuenta de recobro.

Frente a este último tema, el artículo 7º del Decreto 1281 de 2002, previó lo siguiente: *“las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”.*

La anterior norma, fue modificada por el artículo 111 del Decreto-Ley 19 de 2012, en el siguiente sentido:

² Ver artículo 6 Ley 1753 de 2015, artículo 9 Decreto 1429 de 2016 y artículo 2.6.4.3.5.1.4 del Decreto 780 de 2016.

“Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

PARÁGRAFO 1. *Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagará todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo [136](#) del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.*

Adicionalmente, el artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, reguló la posibilidad que las entidades responsables de pago de servicios de salud presentaran inconformidades que afecten total o parcialmente la factura y su trámite:

“TRÁMITE DE GLOSAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando este sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud. Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas. Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

Luego entonces, pese a lo regulado por la normatividad descrita, ha de indicarse que como quiera que el asunto fue asignado a esta

jurisdicción, el mismo se ha de someter al trámite contemplado en nuestros estatutos procesales y sustantivos, en lo referente al término trienal de prescripción para las acciones laborales, de tal suerte que aplicada la norma sobre prescripción laboral se impondría la aplicación de su suspensión e interrupción contempladas en los artículos 6 del Código Procesal Laboral y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, de no ser porque se advierte que las pretensiones objeto de controversia no son promovidas por un sujeto que tenga la calidad de trabajador, requisito necesario para su reconocimiento, por lo que no opera ni la suspensión ni la interrupción de la prescripción prevista en los asuntos de la especialidad laboral, en consecuencia la interrupción de la prescripción para este caso se produce con la presentación oportuna de la demanda o de manera natural con el reconocimiento de la obligación del deudor tal como lo establece el artículo 2539 del código civil, aunado a ello, tampoco debe pasarse por alto que la interrupción de la prescripción prevista en el artículo 94 del Código General del Proceso, no aplica a la especialidad laboral por disposición del artículo 1° del mismo estatuto.

Precisado lo anterior, se tiene que en el presente asunto la parte actora, solicitó el reconocimiento y pago de 5 recobros por concepto de suministros de servicios no contemplados en el POS, ordenados en fallos de tutela y del Comité Técnico Científico. Sin embargo, procedió a desistir del cobro realizado bajo el N. 56468654, peticionando la cancelación de los demás recobros.

En ese orden de ideas, procede el despacho a analizar cada uno de los recobros solicitados en el hecho 5.3. de la demanda y al compararlos con los soportes que el demandante adjuntó, tales como el archivo de excel obrante en la carpeta denominada “FL. 258 BASES DE DATOS” que reposa en la documental allegada en medio magnético con la demanda y las “IMÁGENES RECOBROS” que obran dentro de la carpeta “BASES DE DATOS, resulta relevante la siguiente información:

N.°	SERVICIO	RADICADO	VALOR	FECHA DE PRESTACION SERVICIO	GLOSA 1	GLOSA 2
1	URETEROLITOTOMIA ENDOSCOPICA LASER	57548235	\$ 6.457.608	15/09/2012	Solicitud recobro extemporánea - Art. 13 Dto. 1281/02	Error en los cálculos del recobro - Se descuenta el valor del servicio médico o procedimiento quirurgico similar (URETEROLITOTOMIA (VIA ABIERTA)) que esta contenido en el POS por valor de (\$ 1.579.581), se glosa la diferencia.
2	URETERORENOSCOPIA FLEXIBLE CON LASER - PAQUETE - (599500)	57562653	\$ 7.500.000	25/09/2012	Solicitud recobro extemporánea - Art. 13 Dto. 1281/02	Error en los cálculos del recobro - Se descuenta el valor del servicio médico o procedimiento quirurgico similar (URETERORRENOSCOPIA) que está contenido en el POS por valor de (\$1.579.581) , se glosa la diferencia.
3	ASLAMIENTO DE VENAS PULMONARES CON MAPEO TRIDIMENSIONAL CARTO - (373400)	57318699	\$ 32.848.274	30/04/2011	Solicitud recobro extemporánea - Art. 13 Dto. 1281/02	Error en los cálculos del recobro - Se descuenta el valor del servicio médico o procedimiento quirurgico similar (RESECCION DE HACES ANOMALOS DEL SISTEMA DE CONDUCCION) que está contenido en el POS por valor de (\$3.209.238).
4	NEFROLITOTOMIA ENDOSCOPICA LASER - (599500)	57562660	\$ 7.100.000	20/10/2012	Solicitud recobro extemporánea - Art. 13 Dto. 1281/02	Error en los cálculos del recobro - Se descuenta el valor del servicio médico o procedimiento quirurgico similar (NEFROLITOTOMIA ENDOSCOPICA LASER) que está contenido en el POS por valor de (\$1.375.380), se glosa la diferencia.

Lo anterior, permite advertir cuales fueron los servicios y/o procedimientos prestados, el valor de los recobros, la fecha de prestación y las glosas efectuadas, evidenciándose que si bien se glosó por extemporaneidad como se señaló en la demanda también se objetó el valor del recobro al considerar que había un servicio o procedimiento similar contenido en el POS.

Descendiendo en el análisis se tiene que no existe duda en que los servicios y/o procedimientos requeridos por los usuarios o afiliados fueron suministrados por la EPS demandante, obrando en el plenario el acta del comité técnico científico que ordenó el procedimiento, la factura del proveedor y la incapacidad y/o historia clínica que daba cuenta de la realización del mismo al usuario tal y como se desprende de la información que reposa en la subcarpeta denominada “IMÁGENES RECOBROS” que obra dentro de la carpeta “BASES DE DATOS” de la documental aportada en medio magnético por SALUD TOTAL.

En ese orden, y en forma previa a entrar a determinar los valores a reconocer, se analizará la excepción de prescripción propuesta por la demandada, encontrándose que la prestación se vio afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción, en la medida en que la prestación de los servicios se realizó durante los años 2011 y 2012, y la presentación de la demanda ante la Jurisdicción administrativa se realizó el 7 de marzo

de 2016, por lo que habían transcurrido mas de 3 años desde la exigibilidad de la obligación hasta el momento en que se presentó la demanda, razón por la cual se deberá absolver a la demandada.

En consecuencia, se procederá a confirmar la decisión del A quo pero por las razones aquí expuestas, esto es, por haberse afectado el derecho al recobro por el fenómeno de la prescripción.

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 Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de septiembre 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

ACLARO VOTO



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVO VOTO. Me aparto de las razones que expone la providencia sobre la prescripción del acción.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por LA PREVISORA S.A.
COMPAÑÍA DE SEGUROS contra LUIS ENRIQUE VILLARRAGA
GARZÓN**

RADICADO: 11001 3105 008 2018 00502 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre 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, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de noviembre de 2020.

En esta en esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

El apoderado del señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA GARZÓN, señaló que le quitaba legitimidad a la PREVISORA S.A. para compartir la pensión

de jubilación el hecho que se beneficiara indebidamente de los aportes hechos por el trabajador a través de una entidad privada , no se considerara que para la fecha iniciarse la vigencia del riesgo de invalidez vejez y muerte esto es el 1° de enero de 1967 el demandante solo llevaba al servicio un poco más de 4 años y no los 15 años exigidos por la preceptiva legal, que el artículo quinto de la resolutive del acto administrativo de reconocimiento de la pensión de jubilación contiene una decisión discrecional unilateral de la entidad pública que jamás podía ser aceptada como un acuerdo convenio o pacto de la compartición de la pensión y se olvidó que la pensión de jubilación fue reconocida al demandado con efectos Fiscales desde el 24 de febrero de 1983 es decir con anterioridad al 17 de octubre de 1985. Asimismo en materia de prescripción reiteró que de vieja data la Corte Suprema de Justicia había precisado que todo aquello que no se controvirtiera dentro de los tres años subsiguientes a la fecha en que la obligación se hubiera hecho exigible prescribía y no había forma que reviviera jurídicamente para el solicitante sino se había formulado su inconformidad dentro del término dado por la ley y que la comunicación que la entidad pudiese haber remitido al demandado exigiendo el reintegro no tenían la virtud legal de interrumpir extrajudicialmente la prescripción ya que tal posibilidad en términos de la ley solo era predicable del trabajador que reclamaba sus derechos al empleador.

COLPENSIONES, por su parte reiteró que no era viable acceder o estudiar la prestación solicitada pues al revisar las pretensiones de la demanda se podía verificar que las mismas iban dirigidas en contra del señor Luis Enrique de lo que se podría concluir que COLPENSIONES carecía de legitimación en la causa por pasiva.

A su turno, la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, manifestó que aunque compartía la decisión del a quo en cuanto a la compartibilidad de la pensión y la obligación del pensionado en reintegrar las sumas que recibió en exceso, al estudiar la excepción de prescripción determinó que lo que no estaba afectado por el fenómeno prescriptivo era el período comprendido entre el 22 de diciembre de 2013 y el 30 de

septiembre de 2015 dispuso el pago en forma escalonada y absolvió de los intereses moratorios solicitados, resaltando que al haberse facultado al demandado a reintegrar las sumas en forma escalonada se permitía que se siguieran afectando recursos oficiales en especial cuando habían sido retenidos sin justificación por lo que se solicitaba se condenara a la demandada en la forma en que fue solicitado en la demanda y respecto a los intereses moratorios señaló que los que se solicitaron eran los moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria que se causaban por el simple retardo en el cumplimiento de una obligación teniendo en cuenta que la renuencia del demandado en reintegrar el dinero que había generado un perjuicio al erario que se volvía particularmente dedicada porque involucra dineros oficiales

I. ANTECEDENTES

La entidad demandante pretendió se declarara que la obligación de pagar la pensión plena de jubilación que había reconocido al demandado señor LUIS ENRIQUE VILLARAGA GARZÓN, cesó desde que al mismo le fue reconocida la pensión de vejez a cargo del ISS hoy COLPENSIONES que el demandado continuó recibiendo el valor equivalente a la mesada de la pensión plena de jubilación entre febrero de 2007 a septiembre de 2015, por lo que se encontraba obligado a restituir los pagos por las mesadas pensionales que en exceso le efectuaron en cuantía de \$94.138.013,74 y se tenía derecho al reintegro de dicho excedente, en consecuencia se condene al demandado a devolver la suma de \$94.138.013,74 por concepto del dinero que en exceso recibió, a la indexación de la misma y al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria.

En sustento de sus pretensiones manifestó que el señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA GARZÓN, estuvo vinculado laboralmente con la PREVISORA S.A. desde el 16 de enero de 1980 hasta el 23 de febrero de 1983; mediante Resolución No. 01 del 24 de febrero de 1983, le reconoció

pensión oficial de jubilación en cuantía inicial \$68.832,09, data para la cual tenía mas de 20 años de servicios y menos de 60 años de edad; el reconocimiento de la pensión de jubilación se efectuó a partir del 24 de febrero de 1983 hasta el momento en que al demandado le fuera reconocida la pensión de vejez por parte del ISS hoy COLPENSIONES quedando a su cargo únicamente el mayor valor si lo hubiere entre la pensión de vejez reconocida por el ISS y la que se estaba pagando; COLPENSIONES mediante Resolución GNR 76737 del 10 de marzo de 2014, reconoció al demandado pensión de vejez a partir del 2 de febrero de 2007; con posterioridad al 2 de febrero de 2007 continuó pagando al demandado las mesadas pensionales en forma plena hasta el 30 de septiembre de 2015; la cuantía de pensión de jubilación que venía pagando al demandado para el 2 d febrero de 2007, fue superior a la reconocida por el ISS, por lo que únicamente debía pagar el mayor valor entre las dos pensiones; pagó en exceso al demandado las mesadas pensionales durante los años 2007 a 2015 en la suma total de \$94.138.013,74 suma que el demandando le adeuda junto con los intereses causados a la misma que para el mes de diciembre de 2015 ascienden a \$11.386.934,14.

Como fundamento normativo, citó los artículos 259 del C.S.T., la Ley 33 de 1985, así como, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral No. 27311 del 15 de junio de 2006 y No. 33663 del 4 de febrero de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA GARZÓN, dio contestación como aparece de folios 73 a 85, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la pensión de jubilación que le fue reconocida desde el 24 de febrero de 1983 es compatible y por consiguiente no compatible con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES mediante la Resolución No. GNR 76737 del 10 de marzo de 2014, que siempre había recibido los valores

pensionales de la PREVISORA S.A. de buena fe en la creencia absoluta que ese era su valor pensional sumas que de conformidad con lo previsto en el artículo 136 y el literal c del artículo 164 del CPACA no había lugar a devolverlas. Propuso las excepciones de fondo denominadas prescripción de las sumas pretendidas, falta de legitimación en la causa por activa para decretar la compartición e imposibilidad constitucional y legal de compartir la totalidad de la pensión, buena fe y compatibilidad de las pensiones.

Mediante auto del 25 de noviembre de 2019, notificado por estado el 26 del mismo mes y año, se ordenó vincular al proceso a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

COLPENSIONES, procedió a contestar la demanda como obra a folios 110 a 115, indicando que se oponía a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que las mismas no iban dirigidas en su contra, lo que hacía concluir que se encontraban en lo que la jurisprudencia había denominado como falta de legitimación. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, 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.

III. DEMANDA EN RECONVENCIÓN Y CONTESTACIÓN

En la demanda de reconvención el señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA GARZÓN, pretendió que se declarará que la pensión de jubilación que le había sido reconocida por LA PREVISORA S.A. no tiene la condición de compartida con la pensión reconocida por COLPENSIONES, ya que fue reconocida con anterioridad al 17 de octubre de 1985 y porque la PREVISORA S.A. no dio cumplimiento a la obligación legal impuesta por el artículo ° del Acuerdo 029 de 1985 de seguir cotizando al ISS para efectos que este asumiera o subrogara total o parcialmente la prestación de jubilación reconocida por lo que tenía derecho a recibir de manera plena y completa la pensión de jubilación reconocida por la PREVISORA

S.A. sin que le fuera compartida con otra prestación, en consecuencia, se condenará a seguir pagando la pensión de jubilación reconocida al demandado en forma completa como le había sido reconocida desde el 24 de febrero de 1984 y se reintegren todas las sumas deducidas debidamente indexadas desde el día en que se compartió la pensión y hasta cuando se reintegren a totalidad de las sumas deducidas. Subsidiariamente solicitó que en el evento en que se declarara la compartibilidad de la pensión el 49,89% de la misma que corresponde a las 693,2857 semanas que cotizó como empleado del sector privado.

En sustento de sus pretensiones refirió que la PREVISORA S.A. le reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación mediante Resolución No.01 del 24 de febrero de 1983, con efectos fiscales a partir de esa misma fecha; fue servidor estatal al servicio de la Superintendencia Bancaria como empleado público desde el 26 de noviembre de 1962 hasta el 15 de enero de 1980 para un total de 17 años 1 mes y 19 días; laboró sin solución de continuidad al servicio de LA PREVISORA S.A. como trabajador oficial desde el 16 de enero de 1980 hasta el 23 de febrero de 1983 para un total de 3 años mes y 7 días; sirvió al estado colombiano durante 20 años 2 meses y 26 día; con posterioridad al retiro de la PREVISORA S.A. fue trabajador privado en la empresa NUEVO MUNDO COMPALIA GENERAL DE SEGUROS, a través de la cual cotizó al ISS desde el 21 de noviembre de 1986 hasta el 20 de septiembre de 2000 (693,2857 semanas); COLPENSIONES mediante Resolución No. GNR 6737 del 10 de marzo de 2014 le reconoció pensión de vejez con efectos fiscales a partir del 2 de febrero de 2007 por tener 1932 semanas cotizadas dentro de las cuales incluyó las que cotizó en el sector privado; la PREVISORA S.A. mediante comunicación radicada bajo el No. 043235 del 22 de diciembre de 2015 decreto la compartibilidad de la pensión de jubilación con la de vejez en un 100% ordenando el reintegro del valor del retroactivo pensional recibido de COLPENSIONES calculado en \$105.524.947,88.

Como fundamento normativo citó los artículos 13, 16, 18, 127, 132, 194, 259, 260, 266, 467, 468, 469, 470 y 471 del C.S.T., la Ley 90 de

1946, Acuerdos del ISS, artículo 8 de la Ley 10 de 1972, artículos 1, 2, 5, 6, 12, 15, 19, 20, 25, 6, 50, 51, 54, 77 y 78 del del C.P.L, artículo 52 del Decreto 2053 de 1974, artículo 7 del Decreto 2348 de 1974, artículo 78 del Decreto 2247 de 1974, artículo 8 del Decreto 331 de 1976, la Ley 100 de 1993 y la Ley 33 de 1985.

Por su parte la demandada en reconvención, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda en reconvención en consideración a que la pensión de jubilación reconocida al señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA GARZÓN era compartida con la pensión de vejez que reconoció COLPENSIONES, de manera que el demandante solo tenía derecho a recibir el mayor valor entre las pensiones, que cumplió con sus obligaciones de afiliación oportuna y cotizaciones a dicho instituto con posterioridad a la terminación de la relación laboral y hasta el momento en que el señor VILLARRAGA cumplió los 60 años de edad acreditándose con la historia laboral que allegó el demandante en reconvención y con la propia Resolución expedida por COLPENSIONES que dicha entidad reconoció pensión de vejez con sustento en los aportes que su mandante realizó. En cuanto a las pretensiones subsidiarias manifestó que una vez que operó el reconocimiento pensional por parte de COLPENSIONES quedó únicamente a cargo de su representada el mayor valor entre la pensión reconocida por la administradora y la que venían pagando. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, carencia de derecho, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, compartibilidad de la pensión de jubilación legal reconocida al actor, compensación, prescripción, buena fe, pago y genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 20201, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la pensión de jubilación reconocida al señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA GARZÓN mediante Resolución No. 01 de 24 de febrero de 1983 tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES a través de la

resolución No. GNR 76737 de 10 de marzo de 2014, en donde la PREVISORA S.A. únicamente se encuentra a cargo del pago del mayor valor que se genere entre una y otra pensión.

SEGUNDO: CONDENAR al señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA GARZÓN a devolver a la PREVISORA S.A la suma de \$21.831.115 por concepto de las sumas de dinero que recibió en exceso entre el 22 de diciembre de 2013 al 30 de septiembre de 2015, valor que debe ser debidamente indexado en la forma establecida en esta sentencia. Conminando desde ya a la entidad accionante para que conceda un plazo prudencial o permita que el demandado efectúe la devolución del dinero en cuotas o montos, sin que llegue a afectar su mínimo vital, salvo que el señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA tenga la capacidad económica para efectuar el pago de manera inmediata y así lo manifieste, de lo contrario deberá la PREVISORA S.A permitirle el pago escalonado o periódico de los dineros aquí ordenados.

TERCERO: ABSOLVER al señor demandado LUIS ENRIQUE VILLARRAGA GARZÓN de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: ABSOLVER a la PREVISORA S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en la demanda de reconvención impetrada por el señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA.

QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones.

SEXTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y declarar probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación respecto de la demandada o la vinculada COLPENSIONES.

SÉPTIMO: Sin condena en costas en esta instancia ante su no causación.

OCTAVO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses del pensionado en caso de no ser apelada la misma se remitirán las diligencias en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandado al Tribunal Superior de Bogotá.

Como fundamento de su decisión, argumentó que a partir de 1985, a través del Acuerdo 029, artículo quinto, se consagró la posibilidad de compartir las pensiones a cargo del empleador mediante el pago de cotizaciones para el riesgo de vejez, así mismo, el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, dio la posibilidad a los empleadores que otorgaran pensiones legales que hubieren sido causadas a partir del 17 de octubre de 1985, para que continuaran cotizando hasta cuando se cumplieran los requisitos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de vejez, momento en el cual el empleador únicamente pagaría la diferencia, si la hubiere, entre lo reconocido por él y lo ha asumido por el instituto, precisando que en todo caso estas normas sólo se aplicarán las pensiones reconocidas con posterioridad al referido acuerdo, sin embargo, al revisar la Resolución No. 01 de 1983 se consignó claramente la compartibilidad

de la prestación cuando el trabajador accediera a la pensión de vejez, tal y como se desprendía de lo dispuesto en el artículo 5, acto administrativo que no había sido objeto de reproche o recurso alguno, razón por la cual se evidenciaba la intención de ambas partes en acordar la compatibilidad de la prestación pensiones reconocida por la PREVISORA S.A., con la que posteriormente otorgó Colpensiones y aunque el reconocimiento de la primera fuera otorgado con anterioridad al acuerdo 029 de 1985, señalando que en casos similares la C.S.J., S.C.L en sentencia de radicación No. 32831 del 7 de mayo de 2008, en donde el órgano de cierre recordó la posición decantada por dicha corporación sobre la posibilidad de compartir este tipo de pensiones antes de la normatividad en comentó, siempre y cuando así lo hubiesen expresamente dispuesto las partes, de manera que cuando las partes habían pactado desde el inicio la posibilidad de compartir la prestación para la subrogación futura del riesgo amparado, no puede darse cabida a la compatibilidad.

Respecto a los valores cancelados en exceso por LA PREVISORA S.A., indicó que de conformidad con las documentales obrantes en el plenario era posible colegir que entre el 2 d febrero de 2007 al 30 de septiembre de 2015, la PREVISORA S.A. siguió pagando de manera completa la pensión de jubilación al señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA, cuando ya no tenía la obligación de hacerlo y únicamente le correspondía pagar el mayor valor entre una y otra pensión, procediendo a analizar la excepción de prescripción manifestando que la pensión no prescribía pero si las mesadas pensionales y que conforme lo establecido en el artículo 489 del C.S.T. y 151 del C.P.L se tendrían tres años para reclamar e interrumpir el fenómeno de la prescripción, razón por la cual como el reconocimiento de la pensión de vejez se realizó el 10 de marzo de 2014 y la previsora interrumpió los efectos de la prescripción al presentar reclamación el 22 de diciembre de 2015, el término trienal se contaría tres años atrás de la fecha de la reclamación, condenándose al Señor Villarraga a devolver A LA PREVISORA S.A. a devolver la suma de dinero que recibió en exceso entre el 22/12/2013 al 30/09/2015.

Frente a los intereses moratorios consideró que, al no tratarse de una mora en el pago de mesadas pensionales en favor del pensionado, sino del pago de un retroactivo que debía hacer el pensionado no era procedente legalmente proferir esta condena y que al ser un hecho notorio la devaluación que sufría día a día la moneda colombiana, se ordenaría el pago de la suma de dinero condenada debidamente indexada a partir del 10 de marzo de 2014.

Finalmente, resalto que el carácter compartido de las prestaciones debatidas no le impedía el señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA, cotizar al sistema como independiente o como empleado dependiente, advirtiéndose que todas las cotizaciones realizadas influyeron para liquidar la cuantía de la mesada pensional por parte de COLPENSIONES incluidos los tiempos de servicio de la empresa Nuevo Mundo Compañía General, con lo que se obtuvo una tasa de reemplazo equivalente al 78%, razón suficiente para que no excluir las como quiera que las mismas fueron valoradas para reconocer la prestación económica que continuaba percibiendo el señor VILLARRAGA.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en lo que fue desfavorable a los intereses de su representada, en lo atinente a establecer parcialmente la prescripción, permitir un pago escalonado y periódico de las sumas a las que fue condenado el señor VILLARRAGA y la negativa en el reconocimiento y pago de los intereses moratorios reclamados, fundamentado en que se había determinado que la pensión que reconoció su representada tenía el carácter de compartida con la reconocida por COLPENSIONES y que el demandado había recibido en exceso mesadas pensionales, debiéndose tener en cuenta frente a la prescripción parcial declarada que su representada tuvo conocimiento de la situación de estar pagando una suma en exceso mucho tiempo después de que COLPENSIONES reconoció la pensión, así lo hizo ver en la comunicación del 22 de diciembre de 2015, cuando le hizo requerimiento

al pensionado sobre los valores en donde incluso debía tenerse en cuenta el día en que se suspendió el pago de la pensión plena de jubilación porque hasta ese momento se enteró, por lo que no se enteró cuando COLPENSIONES realizó el reconocimiento el 10 de marzo de 2014, debiéndose tener en cuenta que de conformidad con la sentencia T-438 de 2010, el trabajador en un acto de buena fe cuando sabía que le habían reconocido una pensión de vejez, debía comunicarlo porque se extinguía la obligación del empleador de continuar reconociendo la pensión plena, no obstante, se enteró hasta el momento en que se suspendió la pensión, de tal suerte que como se demandó dentro de los tres años siguientes e incluso si se prescindiera de la interrupción que hubo en diciembre de 2015, se demandó dentro de los tres años siguientes en agosto del año 2018, por lo que no había operado el fenómeno jurídico de la prescripción. Aunado a lo anterior, argumentó que lo recibió el demandando en exceso y sin causa eran dineros oficiales, por lo que el pensionado estaba obligado a restituirlos de manera inmediata y no de forma escalonada máxime que el pensionado no solamente estaba recibiendo la mesada pensional por parte de COLPENSIONES, sino que también recibía el mayor valor que seguía pagando su representada y respecto a los intereses moratorios manifestó que el demandado estaba en retardo de reintegrar las mesadas a su representada, los cuales si operaban al generar un perjuicio al erario público al recibir en exceso y retardar la devolución de esas sumas de dinero siendo obligación del pensionado informar acerca del nuevo reconocimiento de la pensión de vejez para evitar un doble pago como lo reseñaba la sentencia mencionada

Por su parte, el apoderado del señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA, interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido en los puntos que le fueron adversos, mencionando que contrario a lo sostenido por el despacho las pensiones eran compatibles, destacando que lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución No. 01 de 1983 correspondía a una decisión unilateral producto de un acto administrativo y no de una decisión consensuada, ni era producto de un acuerdo o de una convención, de manera que al ser la pensión anterior al 17 de octubre de 1985 y no existir acuerdo o pacto expreso sobre la compartibilidad de la

pensión y aunque no se hubiese interpuesto ningún recurso por la vía administrativa reposición operación contra el acto que reconocía la pensión no significaba que estuviera de acuerdo con la compartición de la pensión, sobre lo cual se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2098-2020 y SL-2543-2020. También indicó que las cotizaciones que aparecen en la historia laboral con posterioridad al reconocimiento de la pensión por LA PREVISORA fueron producto de su afiliación con la compañía de seguros privada, de manera que no fueron realizadas por la previsora incumpliendo con las obligaciones que le imponían los acuerdos por lo que no podían beneficiar a la entidad y se debían excluir las 693 semanas. Tratándose de la prescripción manifestó que la comunicación con que se aludía se interrumpió la prescripción no tenía la virtud legal de interrumpirla ya que tal responsabilidad sólo era posible predicarla del trabajador que reclama sus derechos a su empleador, contando el empleador para reclamar sus deudas exclusivamente con la interrupción judicial y que debía tenerse en cuenta que su representado actuó de buena fe al considerar que tenía derecha a las dos pensiones.

VI. 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 el pensionado LUIS ENRIQUE VILLARAGA GARZÓN debe restituir o no a LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. los pagos completos que por concepto de mesadas pensionales ésta le efectuó entre el 2 de febrero de 2007 y hasta el 30 de septiembre de 2015, bajo el entendido de la compartibilidad de la pensión de jubilación reconocida por LA PREVISORA S.A. y la de vejez que reconoció COLPENSIONES.

Así las cosas, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) Al Señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA GARZÓN, le fue reconocida pensión de jubilación por parte de LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, a partir del 24 de febrero de 1983, en cuantía inicial de \$68.832,09, mediante Resolución

No. 1 del 24 de febrero de 1983; posteriormente, se le reconoció al mismo pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, a partir del 2 de febrero de 2007, en cuantía inicial de \$681.647, mediante Resolución No. GNR 76737 del 10 de marzo de 2014¹ y iii) LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS continuó cancelando en forma completa la mesada pensional de jubilación entre el 2 de febrero de 2007 y hasta el 30 de septiembre de 2015.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la devolución de los pagos que se solicita dependerá del carácter de compartidas o no que tengan las pensiones de jubilación y vejez que le fueron reconocidas al Señor VILLARRAGA GARZÓN, se procederá a iniciar con dicho análisis, señalándose en primer lugar, que de acuerdo con el contenido de la Resolución No. 1 del 24 de febrero de 1983, la pensión de jubilación se reconoció al Señor VILLARRAGA GARZÓN en consideración a que prestó mas de 20 años de servicio al estado y acreditar 55 años e indicando como aplicables los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, los cuales regulaban las pensiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales, de lo que se colige que se trata de una pensión legal.

Teniendo claro lo anterior, debe precisarse que la Ley 90 de 1946, introdujo un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, que en antes estaba radicado en cabeza de los empleadores y en la medida en que se fue ampliando la cobertura a las distintas zonas de la geografía Colombiana, las mismas serían asumidas por el Instituto de Seguros Sociales, pues eso es lo que desprende del artículo 72 de la citada norma, en cuanto dispuso “las prestaciones reglamentadas en esta Ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso...”.

¹ Se reconoce la pensión teniendo en cuenta “(...) se otorgará la pensión bajo el régimen contemplado en el Decreto 758 de 1990, solo con semanas cotizadas a COLPENSIONES, y con respecto al tiempo público no cotizado a COLPENSIONES se solicitará el traslado de aportes a la entidad pública respectiva, de acuerdo al artículo 17 de la ley 549 de 1999, con el fin de financiar la pensión concedida”.

Precisamente, una de esas prestaciones consagradas en la Ley a favor de los trabajadores era la denominada pensión de jubilación, que inicialmente se contempló en la Ley 6 de 1945 y que posteriormente tuvo modificaciones introducidas entre otros en los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, la cual era susceptible de ser subrogada por el Instituto de Seguros Sociales a través de la pensión de vejez, cuando dicha entidad de seguridad social reconociera la misma y en consecuencia empiece a cancelarla por haber reunido el afiliado los requisitos para el efecto.

Lo anterior por cuanto, en atención a lo dispuesto en los propios reglamentos del ISS, esto es los artículos 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966 en concordancia con el artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 28769 del mismo año y artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de 1990, respecto de trabajadores afiliados al Instituto de Seguros Sociales y que llevaran 10 años o más de servicio cuando dicha entidad de seguridad social comenzó a asumir el riesgo de vejez, se tenía que quien debía asumir el pago de la pensión era el empleador hasta tanto se cumpliera con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, siendo de cuenta de aquel únicamente el mayor valor si lo hubiere.

De lo que resulta claro que de vieja data se venía aplicando la compartibilidad de las pensiones legales, contemplándose como una especie de mecanismo de transición para la asunción de los riesgos que venían siendo reconocidos directamente por el empleador hacia la subrogación definitiva en la entidad de seguridad social.

Ahora bien, tratándose de pensiones extralegales, tales como pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente la ley reguló la forma como operaría la subrogación de las mismas a partir del 17 de octubre de 1985, según se desprende de lo señalado en el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año, y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En ese orden de ideas, no le asiste razón al apoderado del Señor VILLARRAGA GARZÓN, al señalar que por haberse reconocido la pensión de jubilación antes del 17 de octubre de 1985, esta era compatible con la de vejez reconocida por COLPENSIONES, pues como ya quedó evidenciado la pensión de jubilación reconocida al demandante era de orden legal y su compartibilidad estaba definida de tiempo atrás desde los propios reglamentos del ISS que datan de 1966, en esa medida es que se advierte que se indicó en la resolución de reconocimiento en el literal h) del considerando *“Que por su condición de afiliado al Instituto de Seguros Sociales, en el momento que se le decrete la Pensión de Vejez, operará la Sustitución prestacional parcial de la Pensión de Jubilación que esté recibiendo de la Previsora S.A., Compañía de Seguros”* y luego en el artículo 5 de la resolutive se dispuso *“Desde la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales Decrete y ordene el pago de la pensión de Vejez a favor del señor LUIS ENRIQUE VILLARRAGA GARZÓN, la Previsora S.A. Compañía de Seguros, atenderá únicamente el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada entre el Instituto de Seguros Sociales y la que se le esté pagando para esa fecha por virtud de la presente Resolución”*.

Así las cosas, y al ser clara la compartibilidad de las pensiones también resultaba evidente que LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, solo estaba obligada al pago del mayor valor que se generara entre la pensión de jubilación reconocida por ésta y la que le reconociera COLPENSIONES al señor VILLARRAGA GARZÓN.

En este escenario surge la inquietud de establecer a quien le corresponde el deber de informar acerca del nuevo reconocimiento pensional que se ha hecho a un beneficiario que ya venía recibiendo el pago de la misma prestación, pero a cargo del antiguo empleador, existiendo las siguientes 3 alternativas de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T-1117 de 2003:

1. Que corresponda al beneficiario por ser quien tiene certeza de los pagos de mesadas pensionales que realice su ex empleador como la entidad de seguridad social.

2. Que corresponda a la entidad de seguridad social por ser quien conoce que el empleador ha venido haciendo aportes a su ex trabajador y estaría obligada a informarle al mismo sobre el nuevo reconocimiento para que este tome las previsiones pertinentes.
3. Que corresponda al antiguo empleador informarse acerca de cuáles de sus ex trabajadores estarían próximos a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la entidad de seguridad social, para así adelantar las gestiones que le permitan reducir, modificar o extinguir por completo su obligación pensional.

De igual forma, se indicó que las 3 alternativas eran posibles, pues en algunos casos en el acto de reconocimiento de la primera pensión, se obligaba al beneficiario a informar a la entidad inicialmente obligada tan pronto ocurriera el segundo reconocimiento, en otros casos la entidad que hacía el segundo reconocimiento, informaba sobre el mismo al antiguo empleador y también podía presentarse que el antiguo empleador revisara periódicamente los datos sobre quiénes estaban en el régimen de pensión compartida, para determinar si se había producido la subrogación, en todo caso, debía tenerse en cuenta que si bien el Estado no podía defraudar a los administrados en la confianza que éstos depositaban en él y en el valor de sus actuaciones, el particular, a su turno debía actuar de manera tal que su buena fe y transparencia se vieran reflejadas en las actuaciones que cumpliera frente a las diferentes entidades del Estado, resultando relevantes para el caso los siguientes apartes:

“(…)

De esta manera, (i) cuando una persona que está percibiendo de su ex empleador la pensión de jubilación y, posteriormente, comienza a recibir el pago de la pensión de vejez que el ISS u otra entidad de seguridad social le ha reconocido, comunica a su ex empleador de esta nueva situación, estará obrando conforme al principio de buena fe a que se hizo mención, permitiendo que sean las entidades obligadas al pago, quienes determinen, según el ordenamiento vigente, si es posible la acumulación de las dos pensiones, si se trata de una misma pensión compartida por dos entidades, o si se ha producido la subrogación.

Si el beneficiario (ii) guarda silencio en relación con la situación antes descrita y calladamente percibe de manera completa ambas prestaciones por un período de meses o de años, no podríamos presumir por este simple hecho que ha obrado de mala fe, pues como beneficiario puede estar plenamente convencido que tiene derecho a percibir de manera completa ambas prestaciones. De hecho, en el caso de pensiones compartidas no existe

precepto legal que obligue al beneficiario de las pensiones a informar a su ex empleador o a la entidad de seguridad social correspondiente, acerca del segundo reconocimiento o del pago que está recibiendo de otra entidad. Con todo, se trataría de un comportamiento ajeno al que debe asumir una persona proba frente a sus iguales y frente al Estado, el silencio que acompaña su actuación, puede poner en duda la presunción de buena fe a la cual se hizo mención.

En una tercera hipótesis, (iii) si de manera expresa el ex empleador manifiesta al beneficiario de una prestación a su cargo, que deberá informarle del futuro reconocimiento pensional que le haga una entidad de seguridad social y el beneficiario de todos modos guarda silencio cuando dicha situación se produce, se podrá entender que hay una conducta contraria a la buena fe, y que el interés del particular es desconocer el postulado constitucional contenido en el artículo 95 de la Carta, referente al respeto de los derechos ajenos y a la prohibición de no abusar de los propios.

No obstante, lo anterior, tanto al empleador que reconoció inicialmente la pensión de jubilación, como a la entidad de seguridad social que posteriormente reconozca la pensión de vejez, les corresponde asumir una conducta diligente que permita un intercambio adecuado de información, de manera tal que aseguren el reconocimiento y pago oportuno y completo de las prestaciones a su cargo, así como la definición precisa del monto de la parte de la mesada pensional a que están obligados.

(...)

Cuando las entidades responsables del pago de las mesadas pensionales no han intercambiado la información necesaria para ajustar sus obligaciones pensionales a lo legalmente debido, ni han sido informadas por el beneficiario de la situación, y se ha producido un pago de lo no debido, tampoco puede el beneficiario apropiarse de lo que ha sido pagado en exceso. La recuperación de los dineros pagados en exceso, podrá hacerse por los mecanismos legales y judiciales existentes. Al definir la forma como tales montos deben ser devueltos, la entidad deberá evaluar la buena o mala fe del beneficiario, su situación económica, la esperanza de vida y el monto total de lo reclamado, entre otros criterios encaminados a no desconocer el derecho al mínimo vital del beneficiario.

(...)”.

De conformidad con la sentencia citada, se tiene que cuando se han pagado mesadas pensionales en exceso el beneficiario de la pensión compartida deberá devolver lo pagado, debiéndose tener en cuenta para definir la forma en que éstos serían devueltos, la buena o mala fe del beneficiario, su situación económica, la esperanza de vida y el monto total de lo reclamado.

En ese orden de ideas y teniendo claro que el señor VILLARRAGA GARZÓN, deberá devolver los valores que le fueron pagados en exceso por la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en forma previa a determinar cómo deben ser devueltos dichos dineros, se procederá a

analizar si este derecho se vio afectado por el fenómeno de la prescripción propuesto por el demandado como quiera que esto podría incidir en el monto que se deba devolver.

Así, resulta pertinente recordar que por regla general las acciones laborales prescriben en 3 años, sin embargo, debe reiterarse que es posición de este fallador que la aplicación de la suspensión e interrupción contempladas en los artículos 6 del Código Procesal Laboral y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, procede cuando el sujeto tiene la calidad de trabajador, en ese orden y como las pretensiones objeto de controversia no fueron promovidas por un sujeto que tenga tal calidad requisito necesario para su reconocimiento, no opera ni la suspensión ni la interrupción de la prescripción prevista en las normas mencionadas, en consecuencia, la interrupción de la prescripción para este caso se produce con la presentación oportuna de la demanda, lo cual ocurrió el 16 de agosto de 2018 (fecha de reparto), se tiene que las mesadas pagadas en exceso con anterioridad al 16 de agosto de 2015, se encontrarían prescritas, es decir, que el demandado deberá devolver lo pagado en exceso entre el 16 de agosto de 2015 y el 30 de septiembre de 2015 (última mesada pensional pagada en forma completa), para lo cual se tendrá en cuenta el valor de las mesadas pagadas en los meses de agosto y septiembre de 2015 correspondiente a **\$2.851.172**, certificado en el acumulado mensual conceptos de nómina expedido por LA PREVISORA S.A. (fl. 22-25) y el certificado de devengados y deducidos No. BZ: 2016_3928852, por los periodos 201501 y 201512, expedido por COLPENSIONES, del que se desprende que la mesada pensional mensual para el año 2015 ascendía a **\$916.581**, por lo que se deberá devolver la suma de **\$2.901.886,50**, debidamente indexada, precisando que aunque se refiere por la PREVISORA S.A que solo tuvo conocimiento del hecho para el momento en que se presentó la solicitud de devolución de las mesadas pagadas en exceso y en esa medida a partir de allí era exigible el derecho, no puede pasar desapercibido que tanto a la PREVISORA S.A., como a COLPENSIONES les asistía un deber de diligencia que les permitiera un intercambio adecuado de información y de esta manera estar enterados oportunamente sobre el reconocimiento y pago de la

prestación de vejez al ex trabajador afiliado, por lo que la carga no puede solo al trabajador y por ende asume las consecuencias de su omisión, razón por la cual aunque se confirmará la decisión del a quo se modificará el monto que deberá reintegrarse por el Señor VILLARRAGA GARZÓN, atendiendo a lo señalado frente a la prescripción.

Respecto a que los dineros deben devolverse de inmediato, debe recordarse que el pronunciamiento constitucional citado se indicó que para determinar la forma en que debían devolverse los recursos se debía valorar entre otros aspectos la buena o mala fe, situación económica, la esperanza de vida y el monto total de lo reclamado, sobre el particular, se tiene que de una parte la mala fe no se encuentra acreditada en tanto que aunque en el acto de reconocimiento de la pensión de jubilación si bien se indicó que las pensiones serían compartidas no se estipuló que debería informar cuando se le realizara el reconocimiento pensional por el ISS hoy COLPENSIONES, advirtiéndose que el Señor VILLARRAGA GARZÓN consideró que tenía derecho a las dos prestaciones, tal y como se señaló al contestar la demanda y presentar la demanda en reconvención y lo manifestó en la comunicación enviada a la PREVISORA S.A. el 20 de enero de 2016 (fl. 29), aunado a ello y aunque no se encuentra acreditaba la situación económica del demandante, teniendo en consideración su edad (más de 90 años)² y que el mismo ha superado la expectativa de vida para el año en que se analizó la prestación (2020), así como, el monto que debe devolver se confirmará la decisión del a quo en permitir que la devolución del dinero en cuotas o montos sin embargo, se modificara para fijar de manera puntual una suma de \$100.000 mensuales a partir de la ejecutoria de esta sentencia y con exigibilidad los días 30 de cada mes, hasta que se satisfaga el pago total de la obligación.

Frente al pago de intereses moratorios recamados, 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

² Según se desprende la Resolución No. 1 del 24 de febrero de 1983, en donde se indicó que para esa data contaba con mas de 55 años.

(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), en esa medida, aunado a ello condenar al pago de los mismos, frente a un acto que también exigía cierta diligencia de la PREVISORA S.A. como se indicó en líneas anteriores resulta improcedente.

Así las cosas y toda vez que resultaron avantes las pretensiones de la demanda presentada por LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS atinentes a la compartibilidad de la pensión, y por tanto negativas las pretensiones de la demanda en reconvención presentada por LUIS ENRIQUE VILLARAGA GARZÓN relacionadas con la compatibilidad de la pensión, se analizara la pretensión subsidiaria encaminada a que se excluyeran las 693,2857 semanas cotizadas como trabajador de la COMPAÑÍA NUEVO MUNDO GENERAL DE SEGUROS, resulta pertinente señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, norma que incluso hoy en día regula la causación y disfrute de la pensión de vejez establece que para la liquidación de la pensión se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada, no es posible excluir las semanas solicitadas, en especial cuando al revisar la resolución a través de la cual se realizó el reconocimiento No. GNR 76737 del 10 de marzo de 2014, expedida por COLPENSIONES, se advierte que se tuvieron en cuenta las mismas para realizar el reconocimiento.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que la prestación de jubilación a cargo de los empleadores tenía como finalidad asumir el riesgo por vejez de sus trabajadores, que es el mismo riesgo que con posterioridad subrogó el ISS a través del reconocimiento de la pensión, con el objetivo de reemplazar al empleador en la asunción de estos, por lo que la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS a partir del reconocimiento de la pensión de vejez quedaba obligada solamente a cancelar el mayor valor, independientemente que parte de la densidad de cotizaciones para acceder al beneficio pensional a cargo de

COLPENSIONES hubiesen sido aportadas por otra vinculación laboral posterior a su retiro.

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 parte resolutive de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que la suma que debe devolver el Señor LUIS ENRIQUE VILLARAGA GARZON a LA PREVISORA S.A., asciende a \$2.901.886,50 de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia y debe ser pagado en cuotas mensuales de \$ 100.000 mensuales a partir de la ejecutoria de esta sentencia, con vencimiento el día 30 de cada mes calendario.

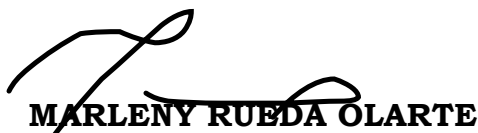
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, positioned above the printed name.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **ISAAC GIL ROMERO** contra
LUIS JAVIER CUCHIVAQUE.

RADICADO: 11001 3105 008 2018 00390 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre 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 del demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarará que entre él y el señor LUIS JAVIER CUCHIVAQUE CARDOZO, existió un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 3 de marzo de 2015 y el 15 de junio de 2015, que el contrato fue terminado sin justa causa por el empleador y éste es responsable del accidente de trabajo ocurrido el 15 de junio de 2015, en consecuencia, se condene al demandado a pagar en su favor prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria del Art. 65 del C.S.T., pago de los aportes al Sistema General del Seguridad Social en pensiones, 50 SMMLV por perjuicios morales ocasionados con el accidente de trabajo y 50 SMMLV por perjuicios fisiológicos o daños en la salud.

En sustento de sus pretensiones manifestó que el 3 de marzo de 2015 entre las partes inició un contrato de trabajo a término indefinido de manera verbal, siendo contratado para desempeñar la labor de fabricante de camas y tapizados en una de las instalaciones de propiedad del demandado; se pactó la suma de \$1.000.000 mensuales; en su labor cotidiana debía manejar una motosierra eléctrica de madera con la cual nunca había trabajado; era deber de su empleador capacitarlo y entrenarlo en la actividad era riesgosa; no contaba con ninguna clase de protección en la labor ejecutada; realizaba la labor en un horario de 8:00 am a 6:00 pm de lunes a viernes y de 8:00 am a 1:00 pm los sábados; el 15 de junio de 2015 (festivo) siendo las 9:30 am se encontraba ejecutando su labor cuando la sierra de madera le prensó los dedos segundo, tercero y cuarto de su mano derecha con corte de falange distal del segundo dedo ya que el disco de la sierra de madera no tenía protección al momento del accidente; la motosierra no se encontraba con la capucha del disco de corte y él tampoco contaba con ningún suministro de implementos de trabajo apropiados; se le comunicó al empleador quién llegó al lugar y lo traslado a la Clínica de Occidente dónde fue atendido por el servicio particular ya que no tenía sistema de seguridad social en salud y donde solo le realizaron curaciones; ese mismo día acudió al hospital de Kennedy dónde lo atendieron y procedieron a hacerle cirugía; su empleador lo

despidió sin justa causa el 15 de junio 2015 y no le pagó prestaciones sociales, ni vacaciones y tampoco le canceló la liquidación de prestaciones sociales a la terminación del contrato ni le realizó cotizaciones al sistema de seguridad social en su favor.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 56, 57, 65, 216 y 348 del Código Sustantivo del Trabajo, asimismo citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala laboral No. SL3708-2017 y la sentencia de la Corte Constitucional No. T-518 de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 27 de junio de 2019, notificado el 28 del mismo mes y año, se concedió el amparo de pobreza solicitado por el demandado señor LUIS JAVIER CUCHIVAQUE (fl. 73-75 del expediente digital).

La Curadora Ad Litem, dio contestación a la demanda como se observa a folios 94 a 96 del expediente digital, manifestando frente a las pretensiones que no las admitía y que debía ser el juez quien conforme a las pruebas allegadas en el plenario las valorará y decidiera, siempre y cuando resultare probado en el juicio. Frente a los hechos manifestó que no le constaban teniendo en cuenta su condición de curadora y no tenía información sobre lo relatado por el demandante. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción innominada o genérica.

En constancia secretarial del 13 de noviembre de 2020, se indicó que no fue posible contactar al demandado señor LUIS JAVIER CUCHIVAQUE CARDOZO de acuerdo con la información de contacto suministrada por el mismo en la solicitud de amparo de pobreza, constancia que también se dejó en las audiencias realizadas el 18 de noviembre de 2020 y 15 de diciembre de 2020.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de diciembre de 2020, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER al demandado LUIS JAVIER CUCHIVAQUE CARDOZO de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ISAAC GIL ROMERO.

SEGUNDO: Sin costas en la presente actuación.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a la demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que las documentales que habían sido allegadas al expediente solo daban cuenta del accidente que había sufrido el demandante y de la atención proporcionada al mismo, pero no se podía extraer la forma en que acaeció el accidente y si se cumplía o no con las medidas de seguridad en el trabajo.

Respecto a lo relacionado con la relación laboral, indicó que con las pruebas allegadas al proceso no era posible determinar con certeza la prestación del servicio del demandante en favor del demandando, así como tampoco los extremos de la relación laboral que se pretendía que se declararan en el proceso, mencionando que si bien en la demanda se indicó que el contrato inició el 3 de marzo de 2015 y finalizó el 15 de junio de 2015, el demandante en su interrogatorio señaló que había iniciado a laborar a principios de febrero de 2015 y hasta el 13 de julio de dos mil quince, por lo que no coincidían los extremos y el testigo Luis Vicente García que era un testigo de oídas, señaló que el demandante había trabajado para Luis Javier entre febrero o marzo y hasta julio de dos mil quince, es decir, sin señalar fechas concretas y por su parte, el testigo Ángel Duván Gil (hijo del demandante), manifestó que su padre había trabajado en patio bonito en un lugar donde hacía base camas por un año o más de un año, lo cual tampoco tenía correspondencia con los extremos de la demanda, aunado a ello, preciso que si bien el testigo Luis Vicente García dio cuenta del nombre del empleador del demandante, manifestó que no lo conocía y que todo lo que sabía se lo había contado el

demandante y el testigo Ángel Duván manifestó no recordar el nombre del empleador de su padre, en cuanto los ingresos tampoco se pudo determinar con claridad a cuanto ascendían los mismos, razón por la cual al no estar acreditado lo anteriormente expuesto, procedió a emitir sentencia absolutoria.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado sustituto del demandante presentó recurso de apelación en consideración a que en la sentencia de primera instancia se indicó que no se logró acreditar los supuestos para la existencia del contrato de trabajo y tampoco los supuestos del accidente, señalando que de las pruebas se podía salvar lo señalado por los testigos respecto a que el demandante trabajaba en el barrio Patio Bonito para el señor LUIS JAVIER CUCHIVAQUE, dando cuenta de los servicios prestados de manera personal así como de los pormenores del accidente, sin que pudiera pasarse por alto que en este caso el demandado se había notificado en debida forma y sabía de la existencia de la demanda, asistiéndole por tanto una carga en materia probatoria y pese a ello no quiso comparecer ni a la audiencia del artículo 77 del C.P.L, ni a absolver interrogatorio de parte, por lo que la consecuencia de su no comparecencia era presumir como ciertos los hechos de la demanda, señalando que las pruebas que vendrían a acreditar los supuestos de hecho del contrato de trabajo eran el interrogatorio de parte del demandado y la exhibición de documentos que este debía hacer con la contestación de la demanda, lo cual no hizo pese a haberse notificado en debida forma y aunque solicitó amparo de pobreza la asistía una carga procesal, siendo suficiente con los testimonios rendidos para dar lugar a la existencia de una prestación personal del servicios para que se de prosperidad a las pretensiones de la demanda, señalando que al haberse acreditado la prestación personal del servicio y que esta mínimo debió haber durado un día como se desprendía de los testimonios e incluso de la declaración de parte, los cuales si bien no se daban unas fechas exactas si se podía establecer que la prestación si existió y como mínimo existió el día del accidente y que fue en la

empresa del señor demandado que hacía colchones y camas, en lo relativo al salario indicó que aunque no se pudo establecer de manera inequívoca, no se podía pasar por alto que el demandante trabajaba para el demandado y si la discusión fuera que se desconocía el salario pues se debía acudir a la presunción del salario mínimo y frente a los extremos temporales trajo a colación diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en las que se señalaba que estos se podrían establecer de forma aproximada cuando hubiere seguridad sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo, los cuales debían tomarse como referencia para calcular los derechos laborales del trabajador, indicando que en el caso concreto el contrato terminó el día que ocurrió el accidente en el que perdió los dedos y la prueba contundente de ello eran los testimonios y la comunicación de famisanar y la historia clínica, de lo que se colegía el extremo final, por lo que solo quedaría establecer el extremo inicial para lo cual podía tomarse la declaración del demandante y los testimonios.

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 un contrato de trabajo entre el Señor ISAAC GIL ROMERO y el Señor LUIS JAVIER CUCHIVAQUE CARDOZO y las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, resulta pertinente recordar que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*.

A su vez el artículo 23 de la referida norma, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990 agrega que, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) La actividad personal

del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio.

El artículo 24 subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2°, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto, que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello, si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador demostrar el cumplimiento de obligaciones a su cargo, cuando se invoca su incumplimiento. De igual forma los hechos que configuran los supuestos facticos de las pretensiones o de las excepciones, deben ser acreditados para lograr los efectos jurídicos que persiguen.

Así se tiene, que con la demanda se allegaron diversos documentos relacionados con el accidente ocurrido al demandante el 15 de junio de 2015 (fl. 11-40), en donde en la solicitud de interconsulta expedida por el hospital occidente de Kennedy se indicó: *“Ocupación: Tapicero – MC: Mecánica motosierra - EA: paciente de 48 años quien ingresa por cuadro de 4 horas de evolución de trauma cortante en 2°, 3er y 4° dedo mano derecha con sierra eléctrica con corte (lim) falange distal de 2° dedo y lesión en pulpejo con awsión (SIC) de piel y defecto de cobertura en pulpejo de 2 cm (...)*”, también se allegaron documentos sobre la calificación de origen del

diagnóstico S682 amputación traumática de dos o más dedos, realizada por FAMISANAR EPS, en el año 2017, en donde determinó que dicho diagnóstico era de origen laboral (fl. 41-45).

Por su parte, la Curadora Ad Litem del demandado, no allegó prueba documental, solicitando tener como tales las aportadas en la demanda.

En el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, el mismo indicó que trabajó para el demandado Luis Javier Cuchivaque Cardozo haciendo base camas en madera y colchones desde principios de febrero de 2015 hasta cuando ocurrió el accidente el 13 de julio de 2015 y que el mencionado señor le pagaba por lo que hiciera, es decir, que le daba un porcentaje, también indicó que no tenía horario de trabajo pues trabajaba durante todo el día ya que se le pagaba por lo que hiciera, igualmente, señaló que trabajaba de lunes a viernes y sábado hasta el mediodía, recibía órdenes del señor Luis Javier quien era el que decía las medidas de las base camas y a veces sobre la elaboración de colchones, de igual forma, afirmó que ganaba en promedio al mes entre \$900.000 y \$1.000.000, que estaba trabajando con una sierra de madera cortando tablas para hacer base camas cuando ocurrió el accidente, el cual consistió en que la mano derecha fue alcanzada por la sierra y se lesionó dos dedos y que después del accidente no siguió trabajando allá porque no tenía afiliación al sistema de seguridad social.

De igual forma, se recibió el testimonio del señor LUIS VICENTE GARCIA NARANJO, quien señaló ser amigo del demandante desde hacía 7 años y vivir en el mismo barrio que éste, lugar donde tiene un puesto de mercado, señaló que no conocía al demandado y al preguntársele si sabía porque se había solicitado su declaración indicó que sí, que fue llamado porque él sabía que el Señor Isaac trabajaba con el señor de los muebles, pues el demandante le comentaba donde trabajaba y que estaba haciendo ya que se encontraban todos los días en el paradero del bus y que éste le había comentado que estaba haciendo base camas en patio bonito desde febrero – marzo de 2015 hasta julio de 2015, que el horario

del demandante era de 7:00 am a 6:00 pm, y que el mismo dejó de trabajar porque le ocurrió un accidente en la mano con la sierra, que al señor Isaac le pagaban mas o menos \$1.000.000, lo que deducía de los cálculos que hacía por la cantidad de muebles que el demandante le comentaba que realizaba, así mismo, refirió no tener conocimiento si al señor Isaac le había quedado debiendo algo en el trabajo.

También se recepcionó el testimonio de ANDRES DUVAN GIL DEVIA, quien manifestó ser hijo del demandante, el cual fue techado de sospechoso por la curadora ad litem, en razón a la familiaridad del mismo con el demandante, quien al preguntársele si sabía porque se había solicitado su declaración indicó que sí, porque sabía lo que había ocurrido en el accidente del año 2015, manifestando que su padre trabajaba en patio bonito haciendo base camas y cuestiones en madera y que tuvo un accidente en la máquina de cortar madera, por el cual lo llevaron a la clínica de occidente y no lo atendieron porque no tenía seguro social por lo que lo llevaron a otro lugar, también afirmó que conocía al empleador del demandante pero no recordaba el nombre y al cuestionársele cuando había trabajado su padre para este, manifestó que haciendo cuentas como un año o mas de un año, si bien indicó que no sabía la dirección donde su padre prestaba sus servicios si señaló que era en patio bonito, que su padre trabajaba haciendo de todo con madera, cortándola o pegándola con la máquina, que tenía un horario de 8:00 am a 5:00 pm y a veces salía más tarde, que no sabía cuánto ganaba su padre ni la forma de pago aunque luego indicó que le pagan por lo que hacía, que como consecuencia del accidente su padre perdió parte de un dedo y no volvió a trabajar allá sino en otro lugar y no sabe si le quedaron debiendo algo.

Así las cosas, del acervo probatorio recaudado en el expediente lo primero que debe señalarse es que no obra documental alguna de la que pueda determinarse o inferirse la existencia de una relación laboral entre el Señor ISAAC GIL ROMERO y LUIS JAVIER CUCHIVAQUE CARDOZO, pues los documentos que se allegaron dieron cuenta del accidente que sufrió el demandante el 15 de junio de 2015 y la

calificación que realizó la EPS FAMISANAR en el año 2017, sin que de ellos pueda desprenderse que en modo alguno el demandante realizaba alguna actividad para el aquí demandado, ni dan cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el mismo, es más tratándose de la ocupación del paciente tan solo se indicó que era tapicero y frente al accidente solo se señaló que estaba manipulando una sierra presentándose las lesionales ya reseñadas.

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por el demandante, se tiene que éste solo genera efectos para el proceso en la medida en que recaiga sobre hechos que lo perjudican o favorezcan a la parte contraria, advirtiéndose de dicha declaración que los extremos de la relación laboral aducidos no coinciden con lo señalado en la demanda, y en todo caso los mismos tampoco pudieron acreditarse con las demás pruebas allegadas y practicadas; el testimonio del señor GARCIA, es un testimonio indirecto, el cual no resulta suficiente para acreditar la prestación personal del servicio del demandante en favor del demandado, pues lo que acredita es el relato que el señor ISAAC GIL ROMERO le realizó sobre su vinculación laboral con el demandando mas no su veracidad y en todo caso lo señalado en su testimonio tampoco coincide con lo indicado por el testigo Ángel Duván Gil, ya que éste ni siquiera recuerda el nombre del empleador de su padre y da cuenta de un periodo de prestación de los servicios del mismo muy superior al señalado en la demanda y por el propio demandante en su interrogatorio.

Respecto a lo señalado por el apoderado del recurrente relacionado con que el demandado fue notificado en debida forma y aunque solicitó amparo de pobreza tenía unas cargas procesales y probatorias, tales como allegar con la contestación de la demanda los documentos que estuvieran en su poder (desprendibles de pago) y comparecer a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y S.S. o al interrogatorio de parte decretado, debe tenerse en cuenta que ante lo expuesto es u

momento por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito frente a la pruebas mencionadas¹ y la no aplicación de los efectos que consagran las normas ante la no comparecencia del demandado a la diligencia de conciliación² no se manifestó inconformidad ni se presentó recurso alguno, convalidando con ello tales determinaciones, por lo que este no es el escenario ni el momento para controvertirlas, ya que las etapas procesales en que ello debió suceder se encuentran debidamente agotadas.

En ese orden de ideas, resulta claro que no pudo acreditarse la prestación personal del servicio del demandante en favor del señor LUIS JAVIER CUCHIVAQUE CARDOZO, así como tampoco los extremos temporales en los cuales se desarrolló la misma, pues sobre este asunto lo único que pudo acreditarse es que el demandante prestó sus servicios realizando base camas en patio bonito, por lo que no es posible dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., esto es, que la relación estaba regida por un contrato de trabajo, aspecto este frente al cual la jurisprudencia sido reiterativa y pacífica en señalar, entre otras en la SL676-2021 del 10 de febrero de 2021, que:

“Quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST”

Así mismo, debe recordarse que no le bastaba al demandante afirmar la existencia del vínculo laboral, sino que debía acudir a su demostración, para que pueden deducirse las consecuencias que persigue, pues de conformidad con los principios generales del Derecho Probatorio, se tiene que toda decisión judicial debe fundarse en las

¹ Ante las pruebas en poder del demandado se indicó que se requerirían al mismo cuando este compareciera nuevamente al proceso (audiencia del 18 de noviembre de 2020), sin embargo, en la audiencia del 15 de diciembre de 2020, se indicó que tanto dicha prueba como el interrogatorio de parte no se realizarían ante la no comparecencia del demandado a la audiencia.

² Audiencia del 18 de noviembre de 2020.

pruebas regular y oportunamente allegadas y que es a las partes a quienes les compete la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, resultando claro que ante la ausencia de material probatorio las pretensiones no pueden ser acogidas.

Así entonces, al confrontar esta Sala la decisión adoptada por el Juez de primer grado, con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto el demandante estuvo ligado con el señor LUIS JAVIER CUCHIVAQUE CARDOZO en virtud de un contrato de trabajo, situación que conduce inexorablemente a la absolución de todas y cada una de las pretensiones de la demanda como lo determinó el 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 la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR CARLOS ALBERTO GUTIERREZ LONDOÑO contra CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN Y OTROS.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00394 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre 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 22 de enero de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 12 de noviembre de 2020 (fl. 81) y remitido el expediente a esta Corporación el 22 de julio de 2021.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

El demandante pretendió que en su favor se ordenará el reembolso de \$3.270.000 en los que incurrió por concepto de la intervención quirúrgica hecha a su hijo KEVIN GUTIERREZ TORO el 11 de mayo de 2016, en el

centro de especialistas CIRUMAX y de \$1.750.000 por concepto del tratamiento de ortodoncia.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

El actor manifestó que era cotizante del régimen contributivo en CAFESALUD y que en dicha calidad afilió como beneficiario a su hijo menor de edad KEVIN GUTIÉRREZ TORO, quién ha venido recibiendo tratamiento médico desde la fecha de su nacimiento por presentar labio y paladar hendido unilateral izquierdo completo, siendo atendido por el doctor JORGE RAMÍREZ ESPAÑA, especialista en cirugía oral y maxilofacial, quién presta sus servicios en CIRUMAX CENTRO DE ESPECIALISTAS y con quien tenía contrato con CAFESALUD antes SALUDCOOP, interviniendo a su hijo desde su nacimiento, así mismo, señaló que su hijo ha sido sometido a diferentes cirugías a los 6 meses, 18 meses, 27 meses y 12 años de edad e indicó que CAFESALUD no renovó el contrato con el centro especialista CIRUMAX, por lo que se vio obligado asumir el costo de la última cirugía (\$3.270.000) y el costo de los controles y seguimientos (\$1.750.000), y consideró que por ser ésta la última cirugía que concluyera el tratamiento del especialista dicha intervención debía hacerla el mismo cirujano profesional que lo había tratado desde su nacimiento con muy buenos resultados, no obstante, CAFESALUD no asumió el costo de las última cirugía y ortodoncia.

III. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS

La demandada sostuvo que se oponía al reconocimiento y pago de la suma de \$5.020.000 por concepto de la intervención quirúrgica practicada al menor KEVIN GUTIÉRREZ TORO, 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 y genérica.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a la pretensión formulada y ordenó reconocer y pagar la suma de \$4.280.000, fundamentado en que el asunto versaba sobre el estado de salud del menor KEVIN GUTIÉRREZ TORO hijo del demandante y sujeto de especial protección constitucional quién padecía de alteración congénita de labio y paladar hendido unilateral izquierdo, siendo SALUDCOOP EPS, quien había asignado a CIRUMAX para el tratamiento quirúrgico que requería el menor, el cual fue brindado por el especialista en cirugía oral y maxilofacial e implantólogo JORGE RAMÍREZ ESPAÑA, quien le había realizado diversas cirugías reconstructivas al menor, resaltando que de acuerdo con lo manifestado por CIRUMAX ante el requerimiento realizado, el menor ingreso a dicha institución el 30 de septiembre de 2011, remitido por SALUDCOOP EPS para el manejo integral de su alteración congénita de labio y paladar hendido unilateral izquierdo, que al momento de ingreso se verificó los derechos del usuario beneficiario identificando como entidad responsable del pago a SALUDCOOP EPS y posteriormente a CAFESALUD EPS, pero que el contrato de prestación de servicios con esta institución culminó en enero de 2016, sin embargo, el paciente seguía siendo atendido de manera particular y que en ningún momento había sido atendido de urgencia, concluyendo de la documental aportada que CAFESALUD no garantizó la oportunidad, continuidad e integralidad en la atención que requería el menor KEVIN GUTIÉRREZ, ya que no le fueron suministrados los servicios de salud requeridos y ordenados por el médico tratante, pues de acuerdo con el concepto del médico adscrito al despacho los procedimientos quirúrgicos de cirugía reconstructiva realizados al menor en la IPS CIRUMAX, se encontraban financiados con recursos de la UPC y que si bien el tratamiento de ortodoncia no se encontraba financiado con dichos recursos, al ser necesarios pertinentes y complementarios para las patologías congénitas que parecía el menor resultaban de obligatoria prestación dado lo previsto

Comentado [KAGR1]: Esta prueba corresponde a un informe técnico elaborado el 15/03/2019 por un profesional de la Superintendencia delegada para la función jurisdiccional y de conciliación.

en la ley estatutaria de salud atendiendo a los principios de continuidad e integralidad del servicio de salud y la especial protección constitucional del menor, debiéndose tener en cuenta que el aseguramiento en salud incluye como obligación de la EPS garantizar la red prestadora de servicios, gestionar el riesgo en salud, administrar el riesgo financiero y representar al usuario ante la IPS, obligaciones que habían sido incumplidas por CAFESALUD EPS, ya que debía designar la IPS especializada en cirugía reconstructiva en la ciudad de Pereira que continuaría el tratamiento quirúrgico al menor para las patologías que esté presentaba y que venían siendo tratadas desde hacía más de 10 años con la IPS CIRUMAX, máxime que según la definición del aseguramiento en salud, las EPS en su condición de aseguradoras eran las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud y por ende eran dichas entidades las que debían responder por toda falla, falta, lesión, enfermedad e incapacidad que se genera en la prestación de los mismos, teniendo en cuenta que el aseguramiento en salud exigía que el asegurador asumiera el riesgo transferido por el usuario esto es la salud y la vida del asegurado y cumpliera cabalmente con las obligaciones establecidas en el plan obligatorio de salud.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, impugnó la decisión, mediante escrito en el que solicitó la revocatoria de la sentencia, teniendo en cuenta 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 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 no se entendía por qué CIRUMAX se negó a tratar al menor en calidad de beneficiario cuando para la época de los procedimientos (año 2016), el contrato se encontraba en vigencia y tampoco porque no sé informo a la EPS que unilateralmente había dado

por terminado el contrato suscrito el 15 de abril de 2015, pues de acuerdo en la cláusula décima la vigencia de ese contrato era por un periodo de 2 años a partir de la suscripción del mismo y que tampoco resultaba entendible porque el padre del menor no se acercó a la EPS para advertir que el menor sería tratado como particular por la decisión del centro de especialistas, de manera que se buscaba endilgar una responsabilidad a su representada con la sola información del demandante quién decidió voluntariamente pagar los tratamientos sin poner en conocimiento sobre la negación por parte de la IPS CIRUMAX en la atención del menor.

Así mismo, resaltó para expedir la sentencia la Superintendencia consultó al profesional de medicina HERNANDO QUEVEDO MARTÍNEZ adscrito a la Superintendencia Delegada para asuntos Jurisdiccionales y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, quién rindió un concepto técnico del caso, el cual fue tenido en cuenta en el proceso como prueba, no obstante, no se le había sido puesto en conocimiento, violando así el derecho fundamental al debido proceso, ya que solo lo conoció con el contenido del fallo, señalando además que los conceptos técnicos eran una prueba judicial que tenían las partes para aportar al proceso, los cuales no se practicaban por mandato legal, ni el en el curso de una actuación judicial que implicará la intervención del juez y que delimitara su práctica y contenido, de manera que al ser la superintendencia quién solicitó el concepto técnico violó el principio de imparcialidad en la apreciación de la prueba sin siquiera haberle dado la oportunidad de contradecirlo y que aunado a ello, se había incurrido en un defecto fáctico de la prueba, ya que el concepto técnico no tenía identificación de quién lo elaboró, sus datos, profesión, documentos idóneos que acreditaran el ejercicio de su profesión y que se estaba violando un principio probatorio relacionado con que al juez le estaba prohibido utilizar su conocimiento privado .

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 parcialmente al reembolso de la suma reclamada teniendo como fundamento que la atención médica requerida recaía sobre un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional quien padecía una alteración médica congénita de labio y paladar hendido unilateral izquierdo, por la que había sido sometido a lo largo de su vida a diversas intervenciones quirúrgicas, señalándose que había quedado evidenciado que la demandada no garantizó la oportunidad, continuidad e integralidad en la atención que requería el menor KEVIN GUTIERREZ TORO, lo cual deduce de no haberse designado una IPS especializada en cirugía reconstructiva que continuara con el tratamiento médico quirúrgico que requería el menor, sin embargo, el demandado señaló que no se cumplió con ninguno de los requisitos contemplados en las resolución N° 5261 de 1994, para proceder con el reembolso e indicó que para la época de los procedimientos el contrato con la IPS CIRUMAX, se encontraba vigente, pues no se había informado que se daba por terminado y el demandante no se había acercado a la EPS a indicar que el menor sería tratado como particular por la decisión del centro de especialistas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que aunque es claro que los menores de edad son un sujeto de especial protección constitucional y por tanto, dicha condición exige una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, debe tenerse presente que en este asunto la intervención quirúrgica y el tratamiento de ortodoncia cuyo reembolso se solicita, no son producto de una atención requerida por urgencias tal y como se desprende de la historia clínica y demás documentos médicos allegados, así como de la respuesta otorgada por el centro de especialistas CIRUMAX, al requerimiento que le realizó la Superintendencia, en la que sobre el tema indicó *“En ningún momento a sido atendido por urgencias”*.

Lo anterior, exige unas cargas mayores a desplegar por quien solicita el reembolso, en la medida en que como no se trata de una atención que requiriera actuaciones inmediatas a fin de conservar la vida y/o funcionalidad, es viable que se realice un mínimo de actuación ante el servicio médico requerido, máxime que al señalarse por la norma que el reconocimiento de reembolsos por gastos de servicios de salud procede ante la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud de la EPS, resulta evidente que se debe acreditar si quiera que se negó el servicio solicitado, sin que de ello repose prueba alguna, es mas en los hechos de la demanda el mismo actor refirió que como no se había renovado el contrato entre CAFESALUD y CIRUMAX, esto es una circunstancia que impedía la atención bajo la condición de afiliado cotizante a la EPS y de sus beneficiarios, señaló que se vio obligado a asumir el costo de la última cirugía y controles al solo estar dicha cirugía a su hijo con la que concluía el tratamiento del mismo, por lo que consideró que la intervención debía hacerla el mismo médico que lo había tratado desde su nacimiento, coligiéndose de lo anterior que no compareció ni solicitó ante la EPS la asignación de una nueva IPS o expuso su situación para que el menor continuara siendo atendido en la centro medico mencionado y por el profesional de la salud referido.

Aunado a lo anterior y si bien las EPS de conformidad con lo señalado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, tiene 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 encuentra “*Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud*”, en virtud de lo cual al haberse terminado el contrato con CIRUMAX debió asignar una nueva IPS que continuara con el tratamiento médico quirúrgico que requería el menor, no puede pasarse por alto que de conformidad con numerosos precedentes constitucionales los afiliados tienen derecho a elegir la IPS que les prestará los servicios de

salud, elección que se circunscribe dentro de aquellas pertenecientes a la red de servicios adscrita a la EPS, siempre y cuando el servicio médico requerido se preste en estas, de manera que aunque pudiese haberse asignado un nuevo prestador, se tiene que de acuerdo con lo indicado en los hechos de la demanda el actor consideró que la intervención debía hacerla el mismo profesional que venía tratando a su hijo, sin que este acreditado que se hubiese expuesto la situación particular de su hijo y las razones para que la atención se continuaran con el profesional médico señalado ante CAFESALUD, lo que impide enmarcar los hechos dentro de una incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que si bien el artículo 169 del Código General del Proceso, permite que las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio por el Juez cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, de la misma norma se extracta que su decreto debe ser de conocimiento de las partes, de igual forma, se debe tener la oportunidad de contradicción de las pruebas conforme lo advierte el artículo 29 de la Constitución Nacional, en las oportunidades procesales pertinentes considerando el medio probatorio, los cuales deben ser advertidos por todo aquel que tenga la función de impartir justicia.

Por las razones anteriores, se procederá a revocar la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud y en su lugar se absolverá a CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN, de las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARLOS ALBERTO GUTIERREZ LONDOÑO.

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: REVORCAR el numeral segundo de la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de fecha 22 de enero de 2020, y en su lugar ABSOLVER a CAFESALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor CARLOS ALBERTO GUTIERREZ LONDOÑO, 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

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR DERECHO &
PROPIEDAD S.A. contra COMPENSAR EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00536 01

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

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante DERECHO & PROPIEDAD S.A., contra el fallo proferido el 12 de marzo 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. 74) y remitido el expediente a esta Corporación el 20 de mayo de 2021 (C2 fl. 1).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La empresa DERECHO & PROPIEDAD S.A. pretendió que en su favor se ordenará a COMPENSAR EPS S.S., al reconocimiento y pago de las siguientes incapacidades:

No. Incapacidad	Periodo incapacidad		Días otorgados
	Inicio	Fin	
2036015	27/03/2017	25/04/2017	30 días
2036016	26/04/2017	15/05/2017	20 días
2046899	16/05/2017	9/06/2017	25 días

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte actora manifestó que la señora BLANCA CECILIA BUSTOS, entró a laborar a su servicio el 6 de marzo de 2017 y que posteriormente fue incapacitada entre el 27 de marzo de 2017 y el 9 de junio de 2017; radicó solicitudes para su reconocimiento bajo los No. 54840497 y 754841504, sin que se hubiese efectuado el reconocimiento y pago de las mismas; el 17 de agosto de 2017, les informaron que las incapacidades No. 2036015 y 2036016 no fueron autorizadas por la causal ID 50 “sin aporte durante los días de incapacidad” y al verificar en la página web el estado de la incapacidad No. 2046899 registraba autorizada pero estaba pendiente de pago; la empresa siempre efectuó los aportes durante todo el tiempo de vinculación de la trabajadora; radicó derecho de petición el 18 de octubre de 2017, solicitando el pago de las incapacidades, petición ante la que se dio respuesta el 24 de octubre de 2017, negando el reconocimiento bajo la causal “sin aporte durante los días de incapacidad”, posteriormente se aclaró que no había aporte completo para el periodo 2017/04 y resalta que para la segunda incapacidad ya se había cotizado el mínimo de 4 semanas.

III. RESPUESTA COMPENSAR EPS S.A.

COMPENSAR EPS S.A., sostuvo que rechazaba las pretensiones de la demandante y solicitaba su improcedencia por cuanto las incapacidades generadas por los periodos 27/03/2017 al 25/04/2017 y del 26/04/2017 al 15/05/2017, habían sido negadas debido a que no cumplían con el pago de aportes correspondiente al periodo de incapacidad y la incapacidad generada por el periodo comprendido entre 16/05/2017 al 09/06/2017 fue reconocida y cancelada a la empresa. Propuso las

excepciones de mérito que denominó: improcedencia del reconocimiento y pago de las incapacidades por falta de aportes en el periodo de incapacidad; improcedencia de la acción de tutela contra conductas legítimas provenientes de las actuaciones de los particulares – no obligatoriedad de pagar licencias por no reunir requisitos de ley y 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 aunque estaba probado que la Señora BLANCA CECILIA BUSTOS fue vinculada a la empresa DERECHO & PROPIEDAD S.A., desde el 6 de marzo de 2017, el cual estaba vigente para la fecha de expedición de las incapacidades reclamadas y que las mismas habían sido pagadas por el empleador a su trabajadora, indicó frente a las incapacidades expedidas por los periodos comprendidos entre el 27/03/2017 al 25/04/2017 y del 26/04/2017 al 15/05/2017, que debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016, que establecía que para el reconocimiento y pago de incapacidades había un mínimo de cotización de 4 semanas en forma ininterrumpida y completa (artículo 2.1.13.4) y que no debía existir suspensión en la afiliación por mora en las cotizaciones de dos periodos consecutivos a cargo del empleador (artículo 2.1.9.1), lo que implicaba que la trabajadora hubiera cotizado un mínimo de 28 días en el mes anterior a la incapacidad inicial (febrero de 2017), advirtiéndose de las documentales allegadas que la misma no cotizó durante el mes de febrero de 2017, pues ostentaba la condición de beneficiaria, señalando que si bien la trabajadora había sido vinculada el 6 de marzo de 2017, tratándose de trabajadores dependientes los aportes al sistema general de seguridad social debían hacerse anticipadamente y con el IBC correspondiente a la nómina cancelada en el mes inmediatamente anterior, lo que implicaba que como la nómina se cancelaba mes vencido el aporte que se haga respecto de ella sería compensado en el mes siguiente, es decir, que los días 6 al 30 de marzo se verían compensados

en el mes de abril por el término de 25 días, señalando que si bien el empleador afilió a la trabajadora conforme lo señalaba la ley y canceló los aportes oportunamente la trabajadora no cumplía con los requisitos para que la EPS asumiera el pago de las incapacidades deprecadas y fuera cubierta con los aportes del SGSS. Respecto a la incapacidad expedida por el periodo comprendido entre el 16/05/2017 y el 09/06/2017 se indicó que no existía controversia frente al pago de la misma en la medida en que COMPENSAR EPS había manifestado que procedió a reconocer y pagar la incapacidad, señalando que si bien no se allegó soporte probatorio de dicho pago, se comunicaron con la Directora de Talento Humano quien confirmó que COMPENSAR EPS había cancelado la incapacidad mencionada por valor de \$614.764 el 19 de febrero de 2018.

V. DE IMPUGNACIÓN

La empresa DERECHO Y PROPIEDAD SAS, impugnó la decisión, mediante escrito en el que mencionó que la inconformidad y objeto del recurso se centraba en la negativa de conceder el pago de la segunda incapacidad por el periodo comprendido entre el 26 de abril de 2017 y el 15 de mayo de 2017, indicando que para el mes de mayo se cumplía con lo preceptuado por el artículo 2.1.13.4, pues el mes de abril se canceló por parte de la empresa en forma oportuna y completa durante el mes de mayo de 2017, además que en ningún momento se suspendió la afiliación, ello aunado a que COMPENSAR EPS S.A., no objetó la incapacidad correspondiente al periodo de 15/05/2017 al 09/06/2017 de lo que se concluía que si era procedente pagar los 15 días del mes de mayo, siendo razonable que se pagara el mes de mayo completo, realatando que los días del mes de abril 26 – 30 de abril se aceptaba que no cumplían con los requisitos de la norma, pero ello no sucedía con el complemento de la incapacidad, por lo que solicitó revocar el numeral 2° de la sentencia y en su lugar, se ordenara a COMPENSAR EPS a reconocer y pagarle la segunda incapacidad en la proporción que corresponde al mes de mayo de 2017.

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 empresa demandante, se acudirá a lo dispuesto en el artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016, que establece la densidad de cotizaciones requeridas para obtener el derecho al reconocimiento y pago de la incapacidad por enfermedad general:

“ARTÍCULO 2.1.13.4. INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD GENERAL. *Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.*

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando estas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones.”

De conformidad con la norma citada, es claro que se requiere un mínimo de 4 semanas cotizadas en el sistema general de seguridad social en salud para tener derecho al reconocimiento y pago de la incapacidad por enfermedad general.

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que en materia de aportes en salud, el artículo 3.2.1.3. del Decreto 780 de 2016, señala lo siguiente:

“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.”*

Así las cosas, se tiene que la primera cotización a salud se realizará al inicio del siguiente mes de la vinculación del trabajador, lo que supone que la EPS no cubriría las incapacidades generales que llegaren a suceder en ese primer mes por no cumplirse el requisito de las 4 semanas de

cotizaciones efectuadas en los términos del artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016.

Ahora bien, bajo el razonamiento anterior se tiene que la cotización del mes de abril de 2017, se vería compensada en el mes de mayo de 2017, pues 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, advirtiéndose que el ciclo de abril fue pagado por 30 días.

Precisado lo anterior y toda vez que la controversia radica sobre la viabilidad o no del pago de los 15 días del mes de mayo 2017, contenidos en la incapacidad que le fue expedida a la trabajadora BLANCA CECILIA BUSTOS, por el periodo comprendido entre el 26 de abril de 2017 hasta el 15 de mayo de 2017, debe tenerse en cuenta que una cosa es el ciclo de cotización de aportes en salud (enero-febrero-marzo-abril, etc) que puede garantizar la cobertura de las prestaciones asistenciales y económicas y otro el periodo por el que se expide la incapacidad (el cual puede incluir varios meses y/o proporción), debiéndose valorar al momento de proceder a analizar las solicitudes de pago de la incapacidad que parte del periodo de la incapacidad se encuentra cubierta por haberse cumplido con las cotizaciones mínimas exigidas para el reconocimiento económico deprecado.

Así las cosas y toda vez que al verificar el certificado de aportes en línea de la señora BLANCA CECILIA BUSTOS ROBAYO, obrante a folio 22 del expediente, se observa que el aporte de salud para el ciclo de mayo de 2017, se había realizado completo y toda vez que tampoco se advierte que exista mora del empleador en las cotizaciones de la trabajadora en los términos del artículo 2.1.9.1¹ del Decreto 780 de 2016, se tiene que COMPENSAR EPS, debía reconocer el pago de los días de mayo contenidos en la incapacidad expedida por el periodo comprendido entre el 26 de abril de 2017 hasta el 15 de mayo de 2017.

¹ Mora en el pago de dos periodos consecutivos de las cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la EPS no se hubiera allanado a la mora.

Aunado a lo anterior y toda vez, que aunque en el parágrafo 1° del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, se establece que *“en el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”*, de los documentos aportados al plenario se extracta que las incapacidades expedidas a la trabajadora fueron de manera consecutiva y derivadas de la fractura de falange proximal del hallux en el pie derecho, y toda vez que de conformidad con lo señalado en la sentencia expedida por la Superintendencia de Salud el empleador debió asumir el pago de las prestaciones económicas respecto de las cuales no se contaba con la cotización mínima en salud, se condenará a COMPENSAR EPS S.A., a reembolsar a la empresa DERECHO & PROPIEDAD la incapacidad generada entre el 1° de mayo de 2017 y el 15 de mayo de 2017, contenida dentro de la incapacidad No. 2036016, teniendo en cuenta para ello el IBC sobre el cual se cotizó el cual asciende a \$737,718 (SMMLV 2017), de conformidad con los planillas de aportes que obran en el proceso que dan cuenta de ello, por lo que el reembolso que se ordenará se cuantifica en la suma de \$368.859, precisando que si bien se debería calcular la misma en los términos del artículo 227 del C.S.T., esto es, teniendo en cuenta las 2/3 partes del salario durante los primeros 90 días de incapacidad (66,67%), ello resultaría en un valor inferior al salario mínimo mensual legal vigente, que no está permitido conforme a lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 2007.

Por lo considerado, la Sala revocará el numeral 2° de la sentencia impugnada y accederá parcialmente a las pretensiones condenado a COMPENSAR EPS S.A., al reembolso de la suma de \$368.859, por las razones ya mencionadas.

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: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de fecha 12 de marzo de 2020, y en su lugar **ACCEDER PARCIALMENTE** a las pretensiones ordenando a COMPENSAR EPS S.A., al reembolso de incapacidades en la suma de \$368.859 a favor de DERECHO & PROPIEDAD SAS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

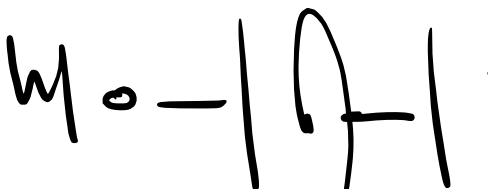
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por BERTHA ROSA PERTUZ OROZCO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PALMERAS DE LA COSTA S.A.

RADICADO: 11001 3105 008 2016 00541 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor de COLPENSIONES en la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de marzo de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declarará que entre el fallecido TOMÁS ALBERTO CHIQUILLO PASCUALES y la empresa PALMERAS DE LA COSTA S.A. existió un contrato de trabajo y que dicha empresa no afilió

al señor CHIQUILLO PASCUALES a pensión por el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1989 y el 19 de mayo de 1994, en consecuencia se condenara a COLPENSIONES a realizar una nueva liquidación de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida a la menor MARÍA ANGÉLICA CHIQUILLO PERTUZ teniendo en cuenta las semanas no cotizadas a pensión y a PALMERAS DE LA COSTA S.A. a que una vez efectuada la nueva liquidación de la pensión de sobrevivientes le cancelara a la menor la diferencia entre las mesadas reconocidas y pagadas por COLPENSIONES y las que hubiere percibido de haberse efectuado en debida forma las cotizaciones al causante, así como, a pagarle a la menor los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 10 de mayo de 2008 y hasta cuándo se verificará el pago total de la reliquidación de las mesadas pensionales adeudadas. De igual forma, solicitó se condenara a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas a pensión y a PALMERAS DE LA COSTA S.A. a pagar el cálculo actuarial a COLPENSIONES, consecutivamente que COLPENSIONES asumiera íntegramente el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la menor demandante y subsidiariamente de no accederse a los intereses moratorios reclamados se ordenara la indexación de la reliquidación de las mesadas pensionales.

En sustento de sus pretensiones manifestó que entre el señor TOMÁS ALBERTO CHIQUILLO PASCUALES y PALMERAS DE LA COSTA S.A. existió un contrato de trabajo, el cual inició el 18 de agosto de 1989 y terminó el 10 de mayo de 2008, no obstante la empresa no lo afilió a pensión sino hasta el 20 de mayo de 1994; el señor TOMÁS ALBERTO CHIQUILLO PASCUALES falleció el 10 de mayo de 2008; la menor MARÍA ANGÉLICA CHIQUILLO PERTUZ nació el 14 de mayo de 2008, es hija del señor TOMÁS ALBERTO CHIQUILLO PASCUALES y BERTA ROSA PERTUZ OROZCO; mediante Resolución No. GNR 161581 del 8 de mayo de 2014, COLPENSIONES reconoció pensión de sobrevivientes a la menor MARÍA ANGÉLICA CHIQUILLO PERTUZ en condición de hija de TOMÁS ALBERTO CHIQUILLO PASCUALES; en el reporte de semanas cotizadas

a pensión por el causante, se acredita ante COLPENSIONES un total de 686,14 semanas cotizadas entre el 20 de mayo de 1994 y el 10 de agosto de 2008; COLPENSIONES al liquidar la pensión de sobrevivientes no tuvo en cuenta las semanas no cotizadas a pensión entre el 18 de agosto de 1989 y el 19 de mayo de 1994.

Como fundamento normativo, citó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Modif. Art. 9 Ley 797/2003), el artículo 5 del Decreto 813 de 1994 y el artículo 1° del Decreto 1887 de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, en su contestación visible a folios 31-39, indicó que no podía realizar una nueva liquidación a la pensión de sobrevivientes que le había sido reconocida la menor MARÍA ANGÉLICA CHIQUILLO PERTUZ, como quiera que la misma se realizó conforme la totalidad de las semanas cotizadas por el causante TOMÁS ALBERTO CHIQUILLO PASCUALES, asimismo, mencionó que tampoco podía realizar un cálculo actuarial pues no se había comprobado una efectiva relación laboral como erradamente se manifestaba por la actora. Propuso las excepciones de mérito que denominó: carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, falta de agotamiento de la reclamación administrativa, innominada o genérica.

La Curadora Ad Litem de PALMERAS DE LA COSTA S.A., manifestó respecto a las pretensiones que se estaría a lo legalmente probado en el proceso y al fallo proferido por el despacho.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de marzo de 2021, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“CONDENAR a PALMERAS DE LA COSTA DE S.A. a transferir a COLPENSIONES el valor actualizado cálculo actuarial de la totalidad de los aportes de la pensión, de conformidad con la liquidación que realice la entidad Seguridad Social antes citada correspondiente al periodo comprendido entre el día 18 de agosto de 1989 hasta el día 10 de mayo de 1994, junto con los intereses a la tasa equivalente al dtf pensional, con sujeción del salario que percibía el extrabajador TOMÁS ALBERTO CHIQUILLO PASCUALES, sin perjuicio del salario mínimo legal mensual, se condena en igual forma, como consecuencia de lo anterior a COLPENSIONES a elaborar y recibir los dineros objeto del cálculo actuarial a que refiere la presente decisión.

COSTAS a cargo de la parte demandada PALMERAS DE LA COSTA SA. se fija la suma de \$3.500.000 por concepto de agencias en derecho”.

Como fundamento de su decisión, argumentó que en el juicio se acreditó que el trabajador fallecido TOMAS ALBERTO CHIQUILLO PASCUALES, se vinculó con PALMERAS DE LA COSTA S.A., entre el 18 de agosto de 1989 y el 10 de agosto de 2018, conforme se advertía de la documental obrante a folio 20 del expediente a la cual se le daba pleno valor probatorio en los términos del artículo 244 del C.G.P. y que de acuerdo con la historia laboral vista a folio 15, PALMERAS DE LA COSTA S.A. afilió al causante a pensión el 20 de mayo de 1994.

Acto seguido, trajo a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional en Auto No. 078 de 2014, en un caso de decisión de trabajadores de las empresas de petróleo, en donde se explicó que el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, impuso la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al sistema de Seguro Social mientras este entraba en vigencia y que si bien el llamado a la afiliación a dichos trabajadores se realizó mediante Resolución No. 4250 de 1993, ello no significaba que la obligación había quedado condicionada en el tiempo, refiriendo que dicho pronunciamiento se había traído a colación en razón a que el objeto de debate consistente en la expedición de un cálculo de actuarial por la no realización de aportes, subsiguientemente, indicó que igual razonamiento e integración normativa se realizó en la aclaración de voto realizada en la sentencia de radicación No. 36684 de 2011, de la Corte Suprema de Justicia, bajo el entendimiento de que por el simple hecho que el trabajador hubiera prestado sus servicios por un

determinado tiempo ello debía reflejarse para efectos pensionales en la parte de capital que se requería para la construcción del derecho, sin distinguir, entre trabajadores de un específico sector de la producción respecto de la generación de la pensión, menos cuando la afiliación obligatoria al sistema de Seguridad Social vigente no dependía de la propia voluntad del trabajador, igualmente, resaltó que la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de radicación No. 41745 de 2014, modificó su doctrina estableciendo que el empleador debía responder al seguro social por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues solo en este evento pudo haberse liberado en la carga que le correspondía, posición que vino a ser ratificada en sentencia 59027 de 2015.

Bajo los anteriores lineamientos, se condenó a PALMERAS DE LA COSTA S.A., a transferir a COLPENSIONES el valor actualizado de la totalidad de los aportes a pensión, aún bajo el entendido de la figura del aprovisionamiento de que trata el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, de conformidad con la liquidación que realizara la entidad de seguridad social, por el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1989 y el 10 de mayo de 1994 y se indicó que no se accedía al reajuste de la pensión de sobrevivientes otorgado por COLPENSIONES a favor MARIA ANGELICA CHIQUILLO PERTUZ en un porcentaje del 50%, por cuanto solo con el traslado efectivo del cálculo actuarial objeto de condena resultaba viable revisar el reajuste de la pensión declarando probada la excepcion de petición antes de tiempo.

IV. 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 del cálculo actuarial por parte de PALMERAS DE LA COSTA S.A., por el periodo laborado entre el 18 de agosto de 1989 y el 19 de mayo de 1994.

En esta instancia, como hechos no discutidos, se tiene que el señor TOMAS ALBERTO CHIQUILLO PASCUALES, laboró al servicio de PALMERAS DE LA COSTA S.A. por el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1989 y el 10 de mayo de 2008, pues aunque en la sentencia se indicó que el extremo final de la relación fue el 10 de agosto de 2008, lo cierto es que la certificación laboral que se tuvo en cuenta para establecer el mismo, contempla como fecha final el 10 de mayo de 2008 (fl. 20), tampoco existe discusión en que el causante registró su primera cotización en el ISS hoy COLPENSIONES para el 20 de mayo de 1994 (fl. 15 y ss).

Para definir si procede el reconocimiento del valor del cálculo actuarial reclamado se atenderá el precedente jurisprudencial contenido entre otras, en las sentencias del 16 de julio de 2014 rad. 41745 y 43182 de 20 de octubre de 2015, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que indican que si bien no es posible hablar de empleadores omisos respecto de aquellos empleadores que acudieron oportunamente al llamado por parte del Instituto de Seguros Sociales, en función de la extensión gradual de la cobertura; no por ello quedaron excluidos de cualquier tipo de responsabilidad, en la medida en que, entre tanto se garantizaba esa cobertura, seguían teniendo a su cargo los riesgos de pensión, aún sin subrogación; de manera que respecto de dichos periodos, estaban obligados a contribuir a la financiación de una eventual pensión a través de cálculos actuariales.

Lo anterior, por cuanto si bien es cierto se tuvo una tesis inicial consistente en que el empleador era inmune a toda responsabilidad generada en el no pago de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura gradual del ISS no la alcanzó, partiendo de la literalidad del texto de la Ley 90 de 1946, y los Acuerdos 189 de 1965, 224 de 1966, 044 de 1989, y el Acuerdo 049 de 1990, se consideró que el empleador debe contribuir a la financiación de la pensión de quien le

prestó servicios, pagando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas (sentencias del 16 de julio de 2014, Rad. 41745, y 20 de octubre de 2015, Rad. 43182).

Considera la Sala con base a los precedentes jurisprudenciales que, aunque la afiliación a la entidad de seguridad social, fue gradual y se fue presentado en diferentes momentos para diferentes clases de trabajadores, lo cierto es, que ello no exonera de la obligación de responder por los periodos en que el trabajador hubiese prestado sus servicios, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador como lo ha expresado la jurisprudencia.

Frente a este tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 52395, señaló la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, en casos de omisión en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial, tal y como lo determinó el a quo.

En lo que respecta al salario para los efectos del cálculo actuarial se dispuso en la sentencia de primer grado, que se tendría en cuenta el salario que percibía el extrabajador, sin perjuicio del salario mínimo legal, siendo ello así, por cuanto de las pruebas allegadas al proceso si bien pudieron acreditarse los extremos de la relación laboral sostenida entre el causante con PALMERAS DE LA COSTA S.A., no existen elementos probatorios que permitieran determinar el valor del salario devengado por el señor CHIQUILLO PASCUALES en cada una de las anualidades durante las que no se sufragaron aportes

Al respecto, el Decreto 1887 de 1994, a través del cual se establece la metodología para el cálculo de la reserva actuarial o cálculo actuarial

que se debe trasladar a las administradoras de fondos de pensiones, señala en cuanto al salario que se debe tomar para éste operación aritmética lo siguiente:

“ARTICULO 4o. SALARIO DE REFERENCIA. (...) El salario base de liquidación devengado al 31 de marzo de 1994 estará conformado por los factores que, de conformidad con lo dispuesto en el Código Sustantivo del trabajo, constituyen salario. En todo caso el salario base de liquidación no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente en dicha fecha, ni superior a 20 veces dicho salario.

PARAGRAFO. Para el caso de empleados que habiendo estado vinculados al 23 de diciembre de 1993, ya no lo están al 31 de marzo de 1994 el salario de referencia se calculará utilizando el último salario base de liquidación.”

Así las cosas, se tiene que de conformidad con la noma antes citada se tiene que el salario a tener en cuenta para liquidar el calculo acturaial sería el devengado por el trabajador, el cual en todo caso no podría ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, aspecto que se acompasa con lo determinado por el fallador de primera instancia.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, sin embargo, se precisa que habrá de modificarse la misma en el entendido que COLPENSIONES deberá realizar el cálculo actuarial, teniendo en cuenta el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1989 y el 19 de mayo de 1994, pues se advierte que existió una imprecisión al momento de determinar el extremo final de las cotizaciones no sufragadas, toda vez que de la historia laboral allegada se colige que la primera cotización se realizó para el 20 de mayo de 1994.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de marzo de 2021, en el entendido que, COLPENSIONES deberá realizar el cálculo actuarial, teniendo en cuenta el periodo laborado por el demandante en PALMERAS DE LA COSTA S.A., entre el 18 de agosto de 1989 y el 19 de mayo de 1994.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia consultada 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 **MARIA TERESA DUARTE y**
MARIA ESPERANZA VALENCIA contra **ADMINISTRADORA**
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

RADICADO: 11001 3105 031 2018 00495 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS 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 demanda 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 la apelación presentada por el

apoderado de la demandante MARIA ESPERANZA VALENCIA y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de diciembre de 2020.

En esta en esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por los apoderados de COLPENSIONES y de la Señora MARIA TERESA DUARTE.

La apoderada de COLPENSIONES solicitó revocar el fallo proferido en razón a que el no existía certeza que la accionante y el causante convivieron dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento por lo que no podía acreditarse la calidad de beneficiaria ni resultaba procedente acceder a lo pretendido.

Por su parte, el apoderado de la demandante MARIA TERESA DUARTE, solicitó confirmar el reconocimiento de la sustitución pensional, teniendo en cuenta que se había demostrado con las pruebas testimoniales y documentales que su poderdante cumplió con los requisitos legales establecidos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión de fallecimiento del señor SERGIO MARTÍNEZ, Asimismo resaltó que la señora ESPERANZA no demostró la convivencia dentro de los últimos cinco años ya que sus testigos no fueron concordantes presentaban inconsistencias y no eran fiables, e indicó que debía tenerse en cuenta que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tratándose del cónyuge supérstite se había establecido que bastaba con que se acreditara que había hecho vida marital por un espacio igual o superior a 5 años los cuales podrían acontecer en cualquier tiempo de la vida del causante y que era criterio de la sala la procedencia de los intereses moratorios cuando hubiese 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 hubieran rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas por cuánto se trataba simplemente de un resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que producía al acreedor la mora en el cumplimiento de las obligaciones.

I. ANTECEDENTES

La demandante MARIA TERESA DUARTE DE MARTINEZ pretendió que se condenará a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle en calidad de cónyuge supérstite la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor SERGIO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, a partir del 9 de agosto de 2017, debidamente indexada, más los reajustes y mesadas adicionales de ley, así como al pago de intereses moratorios de qué trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, al pago de lo que resultare probado conforme a las facultades ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones manifestó que convivió con el señor SERGIO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, de forma permanente e ininterrumpida desde el día 2 de enero de 1960, fecha en que contrajeron matrimonio hasta el fallecimiento del mismo, el cual ocurrió el 9 de agosto de 2017; el ISS mediante Resolución número No. 021815 de 1999 reconoció pensión de vejez al señor MARTÍNEZ RODRÍGUEZ; COLPENSIONES mediante Resolución No. SUB 241140 del 27 de octubre de 2017, le negó la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite, argumentando que la pareja no convivió los últimos cinco años anteriores al deceso; posteriormente, mediante escrito del 27 de julio 2018, solicitó nuevamente el reconocimiento de la sustitución pensional no obstante COLPENSIONES mediante Resolución No. SUB 206525 del 3 de agosto de 2018, mantuvo su negativa en reconocer la prestación solicitada.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 21 46 48 y 141 de la Ley 100 de 1993 el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, suministró contestación cómo se observa de folio 36 a 40, en dónde manifestó qué se oponía a todas y cada una de las

pretensiones solicitadas teniendo en cuenta qué no se cumplía con el lleno de los requisitos exigidos, por cuanto si bien el causante había dejado el derecho pensional causado la demandante no cumplía con la convivencia exigida, teniendo en cuenta que no se había logrado probar la convivencia ininterrumpida con el causante dentro de los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del mismo. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Mediante auto del 6 de septiembre de 2008, notificado por estado el día 7 del mismo mes y año, se ordenó la vinculación de la señora MARÍA ESPERANZA VALENCIA al proceso y se le corrió traslado de la demanda.

MARÍA ESPERANZA VALENCIA, dio contestación a la demanda como se advierte a folios 73 a76 del expediente, en dónde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, indicando que ella era la legitimada para solicitar el reconocimiento pensional en su condición de compañera permanente. Propuso la excepción de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado.

III. ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Mediante auto del 19 de junio de 2019, notificado por estado el 20 del mismo mes y año se decretó la acumulación de procesos respecto del expediente No. 2019- 082 que se tramitaba en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito y el 2018-495 que se estaba adelantando en el Juzgado 31 Laboral del Circuito.

La demandante MARÍA ESPERANZA VALENCIA¹, pretendió se declarara el reconocimiento a la sustitución pensional en su favor, por el fallecimiento de su compañero permanente SERGIO MARTÍNEZ-

¹ Proceso 2019-082.

RODRÍGUEZ, en consecuencia se ordenara a COLPENSIONES efectuar el reconocimiento y pago del retroactivo de las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde el mes de septiembre del año 2017 y hasta cuándo se hiciera efectivo el pago de las mismas, así como a la indexación de los valores que fueran reconocidos a cargo de COLPENSIONES y al pago de las costas procesales.

En sustento de las pretensiones manifestó, que convivió en unión marital de hecho con el señor SERGIO MARTINEZ RODRIGUEZ, desde el mes de febrero de 1994 hasta el día de su fallecimiento 9 de agosto de 2017; la convivencia fue permanente e ininterrumpida durante más de 23 años, la cual sostuvieron en dos residencias ubicadas en la calle 25A # 1 A - 18 este y en la calle 19 # 1A - 10, ambas en Soacha Cundinamarca; el causante estuvo casado con la señora MARÍA TERESA DUARTE DE MARTÍNEZ, con quien procreó varios hijos; el 9 de agosto de 1993, ante el juez promiscuo de familia de Soacha el causante y la señora MARÍA TERESA DUARTE DE MARTÍNEZ liquidaron su sociedad conyugal a través del proceso de separación de bienes; solicitó el 30 de enero de 2018 el reconocimiento y pago de la sustitución pensional ante COLPENSIONES; mediante Resolución sub 72590 del 15 de marzo 2018, COLPENSIONES le negó la sustitución pensional bajo el argumento que no se logró acreditar el requisito de convivencia con el causante y además se informó que la señora MARÍA TERESA DUARTE DE MARTÍNEZ, había elevado la misma petición de sustitución pensional respecto del mismo pensionado la cual le había sido denegada mediante Resolución SUB 241140 del 27 de octubre de 2017.

Citó como fundamento normativo la Ley 100 de 1993.

Colpensiones suministro contestación a la demanda cómo se observa a folios 18 a 25², en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, refiriendo que la demandante no acreditaba ninguna documental que permitiera inferir que convivió con el causante

² Proceso 2019-082

en los cinco años previos al fallecimiento del mismo, el cual ocurrió el 9 de agosto de 2017. Propuso las opciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de diciembre de 2020, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante MARÍA TERESA DUARTE DE MARTÍNEZ, pensión de sobreviviente generada por el fallecimiento del causante SERGIO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, a partir del 9 de agosto de 2017 tomando como valor de la mesada pensional para el año 2017 la suma de \$1.719.489.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante MARÍA TERESA DUARTE DE MARTÍNEZ, la suma de \$82.053.337 por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 9 de agosto de 2017 al 31 de diciembre de 2020.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante MARÍA TERESA DUARTE DE MARTÍNEZ los intereses moratorios a la tasa más alta vigente a partir del 15 de noviembre de 2017, sobre el valor de las mesadas pensionales adeudadas y no canceladas.

CUARTO: CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho a la señora María Esperanza Valencia en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adversa a los intereses de MARÍA ESPERANZA VALENCIA demandante y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se concederá el grado jurisdiccional de consulta en el evento que la sentencia no sea apelada.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la norma aplicable para resolver la controversia era la contemplada por la Ley 797 de 2003, como quiera que el señor SERGIO MARTINEZ RODRIGUEZ (Q.E.P.D.), falleció el 9 de agosto de 2017 (fl.17), de igual forma, se indicó que estaba acreditado que al señor MARTINEZ RODRIGUEZ, había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues le fue reconocida pensión

de vejez efectiva a partir del 1° de noviembre de 1999, la cual al retiro de la nómina ascendía a \$1.719.489 (fl. 22, 28).

Así mismo, señaló que respecto a la Ley 797 de 2003, la Corte había establecido que lo que se exigía era la convivencia (5 años anteriores al fallecimiento en el caso de los compañeros) y adicionalmente tratándose del cónyuge se requería que el vínculo matrimonial permaneciera intacto.

Respecto a la convivencia de la cónyuge refirió que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, radicación 40055, señaló que la convivencia de esta podía ser en cualquier tiempo y no se exigía que se realizara en los 5 años anteriores al fallecimiento pues así también se había indicado en la sentencia C-1035 de 2008 al explicar la norma.

Atendiendo lo anterior y teniendo en cuenta los elementos probatorios allegados, concluyó que respecto de la Señora MARIA TERESA DUARTE MARTINEZ, el vínculo matrimonial adquirido el 2 de enero de 1960, estaba vigente al momento del fallecimiento del señor SERGIO MARTINEZ RODRIGUEZ, pues si bien obraba diligencia de separación de bienes No. 415 aportada por la demandante MARIA ESPERANZA VALENCIA, no existió cesación de efectos civiles de matrimonio católico, ni divorcio, ni nulidad de dicho matrimonio y que de los testimonios vertidos así como de lo confesado por MARIA ESPERANZA VALENCIA, en su interrogatorio se establecía la convivencia superior a 5 años, desde 1960 hasta 1989.

Frente a la señora MARIA ESPERANZA VALENCIA, se indicó que tanto del interrogatorio vertido como de las pruebas practicadas, se advertía que el señor SERGIO MARTINEZ RODRIGUEZ y MARIA ESPERANZA VALENCIA no convivían bajo un mismo techo y que de lo señalado por ONEIDA CARDONA VALENCIA (hija de MARIA ESPERANZA VALENCIA), no se entendía porque si se decía que compartía la vida con el causante no estuvo presente en la clínica en el momento en que le practicaron la cirugía al mismo al punto que cuando él fallece, la señor MARIA ESPERANZA VALENCIA no estaba, así mismo, se cuestiona la convivencia derivada del hecho de la declaración de MARTHA ALEXANDRA MARTINEZ (hija de la unión MARTINEZ DUARTE) quien manifestó que cuando su

padre estaba en la clínica debía ir a la casa del mismo a sacar ropa, lo cual aunado a que nunca se solicitó su calidad de compañera permanente en los términos de la Ley 54 de 1990, pese a conocer que el causante se había separado legalmente de cuerpos de su cónyuge siendo esta misma quien había aportado la sentencia al expediente, se concluía que no detentaba la calidad de compañera permanente y no tenía derecho a la prestación reclamada.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que la Señora MARIA TERESA DUARTE, para la fecha de fallecimiento del causante tenía más de 73 años, la pensión de sobrevivientes tendría el carácter de vitalicia, precisando respecto al retroactivo que si bien se había propuesto la excepción de prescripción esta no había operado, pues frente al término trienal contemplado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L., se tenía que la reclamación fue presentada por la cónyuge el 15 de septiembre de 2017, habiendo fallecido el causante el 9 de agosto de 2017 y presentandose la demanda el 31 de agosto de 2018 y respecto a los intereses moratorios indicó que conforme al artículo 1° de la Ley 797 de 2001, como la solicitud de reconocimiento fue radicada el 15 de septiembre de 2017, los intereses moratorio se generarían a partir del 15 de noviembre de 2017, sobre el valor de las mesadas pensionales adeudadas y no canceladas.

V. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante MARIA ESPERANZA VALENCIA, presentó recurso de apelación pues consideró que se demerito la convivencia que se sostuvo entre su representada y señor SERGIO, por no convivir bajo el mismo techo cuando desde el momento de la demanda se había explicado que ellos tenían dos sitios de residencia justamente por los problemas que tenían que no se llevaban bien con los hijos del causante, así mismo, manifestó que no estaba de acuerdo con la valoración que la juez había hecho de las pruebas, no solo del interrogatorio de parte rendido por su representada sino del testimonio de MARTHA ALEXANDRA MARTINEZ, en donde sin tener más razones

que las percepciones de la misma juez, se indicó que la señora Marta odiaba a su madre, máxime que esta era la hija mas allegada al causante, desconociéndose también que ninguno de los testimonios de la señora María Teresa Duarte hubiese estado cerca del causante para que conocieran que éste tuviera una nueva unión marital y que si bien su representada no dio inicio a una nueva unión marital, lo hizo justamente por respeto de sus hijos porque no pretendía ningún derecho sobre el bien que le asistía, que iba a ser objeto de sucesión, presentando el recurso para que se le concediera a su representada el derecho pensional en proporción a su convivencia, ya que se había desconocido la postura de la Corte Suprema de Justicia justamente frente a la convivencia, donde decía que esta vez será evaluada con las peculiaridades de cada caso.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable realizar la sustitución pensional de la prestación de vejez que en vida ostentaba el Señor SERGIO MARTINEZ RODRIGUEZ (Q.E.P.D.) en favor de la señora MARIA TERESA DUARTE MARTINEZ en calidad de cónyuge superstite y MARIA ESPERANZA VALENCIA como compañera permanente, y en caso afirmativo si resultan procedentes las prestaciones derivadas de ello.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) el señor SERGIO MARTINEZ RODRIGUEZ, falleció el 9 de agosto de 2017, conforme se advierte del registro civil de defunción obrante a folio 17 del expediente; ii) COLPENSIONES mediante Resolución No. 21815 de 1999 le reconoció al causante pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 1999, la cual al retiro de la nómina equivalía a la suma de \$1.719489, según se desprende de lo señalado en las Resoluciones SUB 241140 del 27 de octubre de 2017 (fl. 22 y ss) y SUB 206525 del 3 de agosto de 2018 (fl. 28 y ss) y iii) que las demandantes presentaron respectivamente reclamación administrativa ante COLPENSIONES conforme se desprende de las Resoluciones SUB

241140 del 27 de octubre de 2017 (fl. 22 y ss) y SUB 72590 del 15 de marzo de 2018 (fl. 9 y ss proceso 2019-082).

Bajo los supuestos fácticos del expediente, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte del Señor SERGIO MARTINEZ RODRIGUEZ, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (9 de agosto de 2017).

Así, se tiene que el **artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), contempla los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional en los siguientes términos:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Subrayas y negrita fuera de texto)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

(...)

De conformidad con lo señalado en la norma antes mencionada, la situación fáctica que se analiza se enmarca dentro del numeral 1° de la preceptiva legal analizada, pues el causante señor SERGIO MARTINEZ RODRIGUEZ, tenía la condición de pensionado.

A su turno, el **artículo 47 de la Ley 100 de 1993** (modificado artículo 13 de la Ley 797 de 2003), consagra quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el

fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (Subrayas y negrita fuera de texto).

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> **En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.³ Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;** (Subrayas y negrita fuera de texto).

(...)"

Como se observa de la norma transcrita, se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un pensionado, el compañero y/o compañera permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el mismo no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte, pero si se trata, de un cónyuge la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede acreditar en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.

Sobre el tema conviene recordar lo expuesto recientemente por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia No. SL1399-2018 radicación No. 45779, en donde se indicó:

"(...)

³ La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, declaró condicionalmente exequible "en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido". Fallo inhibitorio en relación con la expresión "no existe convivencia simultánea y" por inepta demanda.

2.3 La convivencia es un requisito exigible tanto en la hipótesis de muerte del pensionado como del afiliado

En sentencia SL 32393, 20 may. 2008, reiterada en SL793-2013 y SL1402-2015, la Corte explicó que a pesar de que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, alude al «pensionado», el requisito de la convivencia durante 5 años es exigible también ante la muerte del «afiliado», pues el artículo 12 de la citada ley «conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a ‘los miembros del grupo familiar’ del pensionado o afiliado fallecido», motivo por el cual no existe un principio de razón suficiente para establecer diferencias fundadas exclusivamente en una u otra calidad. Además, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho, en la forma descrita a continuación.

(...)

4. Convivencias plurales

c. Convivencia no simultánea (o sucesiva) con el cónyuge separado de hecho y el(la) compañero(a) permanente

El último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 regula la situación del cónyuge que, a pesar de haberse separado de hecho y su pareja conformado una nueva familia, mantiene su contrato matrimonial activo. Aquí, la ley le da el derecho de concurrir, junto con el (la) compañero (a) permanente, a la proporción de la pensión de sobrevivientes en función al tiempo convivido, siempre que este no sea inferior a 5 años en cualquier tiempo.

Al respecto, en sentencia SL, 29 nov. 2011, rad. 40055, la Corte expuso:

A juicio de la Sala, con Ley 797 de 2003, se buscó remediar esa circunstancia y, por esa razón, se introdujo una modificación en materia de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes consistente en que, si bien la convivencia con el causante sigue siendo el requisito fundamental para que el cónyuge o el compañero o la compañera permanente accedan a esa prestación por muerte, se estableció una excepción a esa regla general, con el fin de conferirle también la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus.

En efecto, con esa reforma introducida por el inciso 3 del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se corrige la situación descrita, porque se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja -anclada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo.

No puede ser otra la conclusión que se obtiene de la expresión “La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...”, porque esa referencia no deja lugar a dudas de que el cónyuge que conserva con vigor jurídico el lazo matrimonial tendrá derecho a una cuota parte de la prestación. De tal modo, en caso de que, luego de la separación de hecho de su cónyuge, el causante establezca una nueva relación de convivencia, en caso de su fallecimiento el disfrute del derecho

a la pensión deberá ser compartido entre el cónyuge separado de hecho y el compañero o compañera permanente que tenga esa condición para la fecha del fallecimiento, en proporción al tiempo de convivencia.

Con el fin de delimitar el ámbito de aplicación de la norma, considera la Corte que, desde luego, la referencia que en aquella se hace a la cónyuge, también debe entenderse efectuada respecto del cónyuge, pues, de no entenderse así la disposición, se establecería una discriminación por razón de género que, en la actualidad no tendría justificación, en tanto que, claramente, sería violatoria del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

Es indudable que el precepto en cuestión establece como condición que la convivencia «haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante»; pero un análisis de esa disposición legal, en su contexto, permite concluir que, de la forma como está redactada, ese requisito se predica respecto de la compañera o del compañero permanente, mas no del cónyuge porque, con claridad, no se refiere a éste sino a aquéllos, ya que está escrita, en la parte que interesa, en los siguientes términos: "...la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante".

Para la Corte no tendría ningún sentido y, por el contrario, sería carente de toda lógica, que al tiempo que el legislador consagra un derecho para quien "mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho", se le exigiera a esa misma persona la convivencia en los últimos cinco (5) años de vida del causante; porque es apenas obvio que, cuando se alude a la separación de hecho, sin lugar a hesitación se parte del supuesto de que no hay convivencia, ya que en eso consiste la separación de hecho: en la ruptura de la convivencia, de la vida en común entre los cónyuges.

Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique, pues, como se ha visto, al compañero o a la compañera permanente se le exige ese término de convivencia, que es el que el legislador, dentro del poder que tiene de configuración del derecho prestacional, ha considerado que es el demostrativo de que la convivencia de la pareja es sólida y tiene vocación de permanencia, de tal suerte que da origen a la protección del Sistema de Seguridad Social.

(...)"

Descendiendo al caso objeto de análisis, se tiene que la señora MARIA TERESA DUARTE, nació el 5 de octubre de 1943, tal y como puede advertirse de la copia de su cedula de ciudadanía visible a folio 16 del expediente y la Señora MARIA ESPERANZA VALENCIA, nació el 12 de junio de 1959, conforme se indicó en la Resolución No. SUB 7259 del 15

de marzo de 2018, expedida por el COLPENSIONES, obrante a folio 9 y ss del proceso 2019 -802, de lo que se colige que ambas tenían más de 30 años para la fecha del deceso del causante, en esa medida la prestación a reconocer sería la vitalicia, por lo que se procederá a analizar si se encuentra acreditada la convivencia mínima en los términos establecidos en la norma.

Así, procede la Sala a apreciar los medios de prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como documental relevante la demandante MARIA TERESA DUARTE DE MARTINEZ, aportó registro civil de matrimonio con el causante SERGIO MARTINEZ (fl. 18), que da cuenta que contrajeron matrimonio católico el 2 de enero de 1960, registrando una anotación en la parte final del mismo que señala:

“Declarada separación indefinida de cuerpos según providencia de fecha 9 de agosto de 1993 del Juzgado Promiscuo de Familia de Soacha (...).

Por su parte, la demandante MARIA ESPERANZA VALENCIA, allegó Acta de diligencia de audiencia de separación de bienes No. 415, expedida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Soacha – Cundinamarca el 9 de agosto de 1993, (fl.12 proceso 2019-082), en cuya resolutive se dispuso:

“(...

SEGUNDO: DECLARAR SEPARADOS INDEFINIDAMENTE DE CUERPOS a los cónyuges entre sí SERGIO MARTINEZ y MARIA TERESA DUARTE unidos en matrimonio católico celebrado el dos (2) de Enero de mil novecientos sesenta (1960) en la parroquia San Juan Bautista de Santafé de Bogotá D.C.

TERCERO: DECLARAR DISUELTA Y EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN la sociedad conyugal conformada por los cónyuges que hoy se separan en razón de su matrimonio.

CUARTO: DISPONER que la obligación alimentaria de cada uno de los cónyuges será a cuenta y riesgo de sí mismos sin que se deban alimentos entre sí.

QUINTO: Ordenar el registro de la presente decisión en los folios de registro civil de nacimiento y matrimonio de la pareja cuya separación se decreta. Librense los oficios respectivos.

(...)”.

Dentro del acervo probatorio, se recepcionó el interrogatorio de parte de la Señora MARIA ESPERANZA VALENCÍA, del cual se advierte que la misma no determinó con claridad cuando inició su convivencia con el causante pues señaló fechas diferentes 1993, 1995 y 1996 para concluir que había sido desde febrero de 1994, también manifestó que estaba afiliada al Sisbén aunque el causante le había dicho que la quería afiliar a su sistema de seguridad social pero ella considero que era mejor que no para no tener problemas con sus hijos, inicialmente indicó que convivían en una casa en el barrio porvenir en Soacha, pero también señaló que se la pasaban en las dos partes, mencionando que todo lo de su casa lo pagaba el causante como el arriendo y que entre semana ella iba a la casa del causante pero cuando iba algún hijo ella se desaparecía, al consultársele porque razón frente a los hijos el señor Sergio no le dio el trato de compañera indicó que porque estos eran muy fregados, señaló que la muerte del señor Sergio se dio producto de un accidente, en donde un señor le cayó encima al rodarse por las escaleras de su casa, lo que le produjo fractura de pierna y de la cadera, lo operaron y días después falleció, señaló que la hija Martha fue quien lo llevó a la clínica y posteriormente le aviso como a las 11:00 pm, pues ella no estaba con el porque el estaba tomando, mencionado que el si la llamó para que fuera pero le había dicho que no porque tenía que trabajar, luego precisó que una vecina fue la que llamó a la hija y ésta le comentó a ella, que fue a la clínica y lo visitó, así como que a ella la llamaron fue en el día y al cuestionársele donde estaba ella al momento del accidente indicó que en la casa donde ella vivía de la que no recordaba la dirección, de igual forma, manifestó que de los servicios exequiales se hizo cargo el mismo señor Sergio, pues ya tenía eso cancelado y los hijos le ayudaron.

Por su parte, la Señora MARIA TERESA DUARTE DE MARTINEZ, al absolver interrogatorio mencionó que el causante fue su esposo desde 1960 hasta 1989, que la convivencia no fue buena pues éste la martirizaba y le pegaba y así se aguantó hasta 1989, vivieron en el barrio

laureles estrada y en la florida, tuvieron 7 hijos, que el hijo mayor nació dentro del matrimonio, al preguntársele porque no tramitaron proceso de divorcio, indicó que se separaron y no se tramitó el proceso porque no cayó en cuenta de eso, dio cuenta de la fecha de fallecimiento del causante y explicó que el mismo ocurrió según lo que le comentaron porque como él (causante) se había quedado con la casa de San Mateo, un amigo lo subió y mientras pensaba si ingresaba o no éste se le vino encima y le molestó la cadera y la pierna, al preguntársele con quien vivía indicó que solo porque no tenía mujer ni a nadie, que una vecina lo ayudó a entrar a la casa y hasta el otro día la hija Martha lo llevo a la clínica, quien vive en San Mateo, señalando que el testimonio que rendiría la misma era falso, pues hasta ahora venía a conocer a la otra demandante y que ellas se confabularon para pedir la pensión por plata pues si salía se la repartían, refiriendo que las diferencias con su hija se presentaron a partir de que la misma se enteró que ella estaba pidiendo la pensión. Posteriormente al consultársele por qué razón había dicho que el causante no tenía mujer manifestó que porque sus hijos iban mucho allá y ellos le contaban que el siempre estaba solo nunca vieron a esa señora por allá.

Dentro del proceso, también se recibió el testimonio de la señora BLANCA CECILIA DELGADO, a solicitud de la demandante MARIA TERESA DUARTE, quien manifestó conocer a la familia MARTINEZ DUARTE de toda la vida, porque vivían en el barrio Laureles Estrada y que ellos se criaron con los hijos de estos, dio cuenta de los nombres de cada uno de los hijos del matrimonio, también manifestó que sus padres eran compadres con los esposos Martínez duarte, pues los padres de la testigo eran los padrinos de IVAN, hijo de Sergio y teresa, indicó que vivían en la casa de enseguida de estos, mencionó que la pareja convivió hasta 1988-1989 porque el señor le daba mala vida a ella y a los hijos e incluso su padre tuvo un problema con Sergio porque estaba maltratando a su esposa, dio cuenta del accidente por lo que le contaron e indicó que no conoce a la señora ESPERANZA y tampoco tuvo conocimiento de una nueva pareja del señor Sergio MARTINEZ.

Igualmente, se recepcionó el testimonio de la Señora ONEIDA CARDONA VALENCIA, a solicitud de la demandante MARIA ESPERANZA VALENCIA, quien refirió ser la hija de la señora MARIA ESPERANZA VALENCIA, e indicó que conoció a SERGIO MARTÍNEZ en 1994, como un amigo de su madre, que ellos siguieron saliendo y después se dio cuenta que eran pareja y empezaron a vivir en Soacha en San Mateo, en la casa del señor Sergio pero no recuerda la dirección aunque sabía como llegar, manifestó que su mamá vivía en esa casa pero por fuera también, pues el señor Sergio le ayudaba a pagar el arriendo y asumía los gatos de la casa del matrimonio anterior como los de la casa de su mamá, ya que no querían conflictos con los hijos del mismo como había pasado antes con otras señoras, también manifestó que las cosas personales de su mamá estaban en la casa de arriendo que le pagaba el señor Sergio y que la misma había vivido en 3 partes en san mateo y Soacha fuera de la casa del señor Sergio, mencionó como había ocurrido el accidente del señor Sergio y al preguntársele quien o llevó a la clínica, manifestó que al otro día lo había llevado la hija Martha pues a la misma le aviso una amiga de enseguida y ahí también fue cuando llamaron a su mamá, que su mamá no lo llevó porque estaba trabajando, indicando que cuando ocurrió el accidente estaba en su apartamento en porvenir por el problema con los hijos y que lo que sabía era que su mamá sale a las 4:00 am de Soacha, que ella asistió al sepelio y estaban todos los hijos, que de los hijos solo conoce a dos Sergio y Martha pero que su mamá si los distinguía a todos sin embargo la relación con estos solo era de saludo, por que los hijos no aceptaban esa relación, al preguntársele cuando ocurrió el accidente manifestó que 3 días antes del fallecimiento, que acudió con su mamá al hospital el día que iban a hacerle la cirugía al señor Sergio y estaba presente una de las hijas de él, que fue el esposo de la hija Martha quien les avisó sobre el fallecimiento y que su madre no estaba presente porque se iba dirigiendo a su trabajo cuando le avisaron sobre el fallecimiento como a las 5:00 am, también mencionó saber que el señor Sergio era casado que la señora se llamaba teresa y que se habían divorciado.

A solicitud de la señora MARIA ESPERANZA VALENCIA, se escuchó el testimonio de la señora MARTHA ALEXANDRA MARTINEZ (hija del

causante y la demandante MARIA TERESA DUARTE), quien indicó que sus padres convivieron durante más de 25 años cuando estuvieron casados, señaló que su madre se esperó a que ella cumpliera 18 años y se separó de su papá como en 1992, indicó que la convivencia entre ellos fue buena hasta que se descubrió que su mamá le era infiel con el señor José González y después con el que vive actualmente, mencionó que sus padres convivieron bajo el mismo techo durante el tiempo que estuvieron casados aunque dormían en camas separadas y que después del año 1992, no hubo mas convivencia entre ellos, también dio cuenta del accidente que sufrió su padre y señaló que el mismo ocurrió el 3 de agosto de 2017 y que su padre estaba solo cuando ocurrió el accidente, pues la señora con la que el estaba se encontraba donde ella habitaba, la cual vivía al lado de donde residía su papá a una distancia de 3 cuadras en san mateo, indicó que se enteró del accidente porque una vecina la llamo por la noche y le dijo que su padre había tenido un percance, por lo que lo llevaron a la clínica por la noche pero no recuerda la hora, al preguntársele quien era la señora a la que hacia alusión manifestó que era esperanza y al preguntársele si esta los acompañó indicó que no porque ella y sus hermanos no permitían la relación entre ellos, mencionó que en la clínica lo valoraron y como su padre tomaba anticoagulantes lo dejaron 5 días mientras pasaba el efecto antes de la cirugía, que lo operaron el 8 de agosto de 2017, en la noche, estando presentes ella, su hermana LUZ MIRIAM y su esposo y que solo estaba presente LUZ MIRIAM cuando su padre falleció siendo las 5:50 am, que cuando se estaba arreglando su hermana le aviso sobre el fallecimiento, y que ella le aviso a la familia, a sus hermanos y a su mamá y ya luego su esposo le aviso a esperanza ya que el sí tenía comunicación con ella, al preguntársele que personas habían cuidado a su padre, mencionó que sus hermanos IVÁN, TERESA y ella, que cuando ella iba por las tardes Esperanza iba a estarse con él, que desde que su padre estuvo en la clínica esperanza fue por las tardes 5 veces, pero que sus hermanos no se enteraron que la señora esperanza lo visitaba. Al preguntársele a la testigo como era la relación del causante con la señora ESPERANZA señaló que era bien, pero que ellos no tenían contacto con la misma y más adelante precisó que ella no estuvo presente cuando su padre compartía

con esta, por cuanto ella y sus hermanos no consentían esa relación, indicando que ellos si convivían pero que cuando su padre estaba con los hijos, esperanza se iba ya que ellos tenían dos casas, que se enteraron de esa relación porque su papá les dijo. También, se le consultó por las pertenencias que había en la casa de su padre mencionó que cuando iba se la pasaba en la sala y no entró a la habitación, no obstante, manifestó que cuando su papá se enfermó tocaba ir a la casa por la ropa y era ella quien la iba a sacar y ahí se le preguntó por la ropa que había mencionado que había ropa de su padre y poca de ella. Finalmente al preguntársele por su relación con la familia, respecto a sus hermanos, indicó que desde que falleció su padre no se volvieron a frecuentar y frente a su madre indicó que la relación iba bien hasta que se enteró ella había pedido la pensión porque su madre lo odiaba a morir, de igual forma, se le cuestionó porque razón acudió a ser testigo de la señora ESPERANZA a lo que indicó que porque su papá siempre dijo que quería dejarle la pensión a ella, pero nunca se hicieron los papeles.

Finalmente, se recepcionó el testimonio de la señora DORA VASQUEZ GUTIERREZ, también a solicitud de la demandante ESPERANZA VALENCIA, quien manifestó conocer al señor SERGIO desde hacía 18 años, porque eran vecinos, que vivía como a dos cuadras de él, describió la casa e indicó que vivía con la señora, al preguntársele como se llamaba la misma, indicó que se le había olvidado, señaló que el era pensionado y que ella trabajaba en aseo y que ésta llegaba todos los días a la casa del señor Sergio, manifestó lo ocurrido con el accidente, pero indicó que el mismo ocurrió fue en la casa de otro señor, manifestó que la pareja tenía una relación muy buena que ella lo advertía cuando compartían, no sabe dónde fue el sepelio, ni asistió al mismo porque ella no se estaba quieta se la pasaba viajando, manifestó que la señora y el señor Sergio convivieron 18 años después del año 2000 hasta el fallecimiento de éste, al preguntársele que relación tenía con la pareja del señor Sergio manifestó que eran amigas y que de vez en cuando iban a piquetear y tomar cervezas e iban a la casa de Sergio que quedaba cerca.

Realizado el análisis, lo primero que se advierte es que respecto de la señora MARIA TERESA DUARTE, el vínculo matrimonial continua vigente, pues aunque ésta y el Señor SERGIO MARTINEZ RODRIGUEZ se separaron de cuerpos y disolvieron la sociedad conyugal mediante sentencia de expedida el 9 de agosto de 1993, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Soacha Cundinamarca, no existe registro de divorcio, cesación de efectos civiles del matrimonio católico ni nulidad del matrimonio, tal y como se desprende de la anotación realizada en el registro civil de matrimonio aportado en donde solo registra anotación de separación indefinida de cuerpos, encontrándose acreditada su convivencia con el causante desde la fecha de matrimonio 2 de enero de 1960 hasta el año 1989, considerando los 7 hijos tenidos con el causante y lo expuesto por las testigos BLANCA CECILIA DELGADO y la propia hija MARTHA ALEXANDRA MARTINEZ, de cuyo testimonio si bien se advierten suspicacias fue clara en señalar que la convivencia entre sus padres se dio hasta esa fecha, razón por la cual en lo atinente a este punto se procederá a conformar la sentencia del a quo.

De otra parte, frente a la convivencia de la señora MARIA ESPERANZA MARTINEZ, no es claro para este despacho, la intención de una vida en común entre los señores MARIA ESPERANZA VALENCIA y SERGIO MARTINEZ RODRIGUEZ, pues para su comprobación se requiere actos concretos que así lo ilustren como participación en eventos sociales, viajes, celebraciones, acompañamiento en momentos de calamidad, todo lo cual conduzca a demostrar un proyecto de vida en común, sobre el particular, rindieron testimonio las señoras ONEIDA CARDONA VALENCIA, hija de la demandante y MARTHA ALEXANDRA MARTINEZ, hija del matrimonio MARTINEZ DUARTE, las cuales se valoraran con cuidado pues de una parte los vínculos de familiaridad de la primera con la demandante podrían afectar su parcialidad en la declaración y de la otra que la señora MARTHA ALEXANDRA MARTINEZ, tuviera una relación fragmentada con sus hermanos y madre como así lo reconoce podría tener influencia en lo relatado, así se advierte, que las mismas indicaron que los señores SERGIO MARTINEZ y MARIA ESPERANZA VALENCIA, convivieron juntos hasta el fallecimiento del señor

MARTINEZ, sin embargo, de sus testimonios también se desprende que los mismos no convivían en todo momento en una misma casa, pues en sus declaraciones se habla de la casa de él y de la casa o apartamento de ella, es más la señora ONEIDA refiere que las pertenencias personales de su mamá estaban en la casa de ella, aspecto que se corrobora con la declaración de MARTHA cuando narró que debió ir a recoger ropa a la casa de su padre e indicó que dentro de la misma había poca ropa de esta, sin que se haya podido establecer con certeza donde quedaba esa otra residencia, pues la señora ESPERANZA VALENCIA, en su interrogatorio manifestó no recordar la dirección, lo cual tampoco recuerdan las dos testigos mencionadas solo coinciden en decir que era cerca de la casa del causante, aspecto que cobra relevancia pues cuando ocurrió el accidente, el señor MARTINEZ se encontraba solo y no había nadie en su casa y los vecinos a quien llamarón fue a la hija del señor MARTINEZ y no a su pareja, situación que resulta extraña ya que si la misma vivía tan cerca como lo mencionaban y la convivencia había sido de tantos años en parte en esa casa, los vecinos debían saber donde residía su compañera y debió ser informada antes que la hija, no obstante, según el testimonio de ONEIDA, ella y su mamá se enteraron al día siguiente del accidente, señalándose por esta misma testigo, que fueron a visitar al Señor Sergio el día de la cirugía y que cuando el mismo falleció su madre estaba rumbo al trabajo, lo cual no daría cuenta del apoyo y ayuda mutua en los momentos de dificultad o calamidad que se espera exista entre una pareja, pues la condición del señor a su edad representaba un riesgo evidente y aunque existiera una mala relación con los hijos, pues se menciona que estos no consentían dicha relación como se argumentó por la demandante y se sostuvo por las testigos en especial por la hija matrimonial, ello no le impedía estar presente y acompañando a su pareja en esta difícil situación, lo cual no se acompasa con una relación del tiempo y calidad cuyo reconocimiento se pretende.

Por su parte, la testigo DORA VASQUEZ GUTIERREZ, aunque da cuenta en su declaración de una convivencia prolongada del señor SERGIO MARTINEZ con una señora, e indicó que iba a la casa del mismo y compartía con la pareja, no recuerda el nombre de la señora con quien

convivía el mismo, aunado a ello, se advirtió que desde el inicio de la declaración al indicar su dirección de residencia estaba en compañía de alguien que le estaba indicando que debía responder y luego mas adelante vuelve a presentarse esa situación cuando se estaba consultado sobre el tiempo de convivencia, por lo que el mismo en nada aporta a la verdad.

Adicionalmente, deben tenerse en cuenta otros aspectos por ejemplo que la señora MARIA ESPERANZA VALENCIA, no estuviera afiliada como beneficiaria del señor Sergio Martínez en el sistema general de seguridad social en salud y por el contrario siguiera estando afiliada al Sisbén, pudiendo con ello tener una mejores prestaciones asistenciales, sin que resulte válida la justificación realizada en el interrogatorio en donde manifestó que ella no quiso para evitar problemas con los hijos del señor SERGIO MARTINEZ, ya que esta información es confidencial y para ello solo se requería la solicitud por parte del causante.

Así mismo, se advirtió que en el interrogatorio de parte, la demandante indicó de los servicios exequiales se hizo cargo el mismo señor Sergio, pues ya tenía eso cancelado y que también ayudaron los hijos, no obstante, dentro del expediente administrativo allegado por COLPENSIONES, se advierte que obra Resolución No. SUB194274 del 14 de septiembre de 2017, en donde se reconoce y ordena pagar un auxilio funerario en cuantía de \$3.688.585, solicitado por IVAN ALBERTO MARTINEZ DUARTE, es decir, por un hijo del causante, prestación que se reconoce a quien compruebe haber sufragado los gastos fúnebres o de entierro de un afiliado o pensionado.

Todo lo anterior, nos conduce a determinar que en este caso no hubo una comunidad de vida entre las partes, ya que no está acreditado que hubiese una cohabitación permanente e ininterrumpida, ni acompañamiento en celebraciones ni una convivencia pública, ni acompañamiento en momentos de calamidad, razón por la cual en este punto también se confirmará la decisión del a quo.

En ese orden de ideas y conforme a los anteriores planteamientos, se tiene que la pensión se reconocerá a la demandante MARIA TERESA DUARTE DE MARTINEZ, debiéndose precisar que, en materia de prescripción, la decisión del juzgador de primera instancia se encuentra ajustada a lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L, pues no se encuentra prescrito derecho alguno en tanto la reclamación fue presentada el 15 de septiembre de 2017, como se desprende de la Resolución NO. SUB241140 del 27 de octubre de 2017 y la demanda fue presentada el 31 de agosto de 2018.

Respecto a los intereses moratorios, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2609-2021, radicación No. 80573, señaló:

“(…)

Esta Corte en sentencia CSJ SL14528- 2014, recordó que conforme a la doctrina tradicional de esta Sala⁴, 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-.

También se asentó que esta Corporación, en atención a situaciones excepcionales y particulares que la han llevado a reflexionar sobre la referida doctrina y a adoptar decisiones conducentes a atenuar sus alcances, ha estimado que los intereses moratorios del mencionado precepto, no proceden en los eventos en que la entidad de seguridad social tenga serias dudas acerca de quién es el titular de un derecho pensional, por existir controversias entre los beneficiarios y, por ello, suspenda el trámite de reconocimiento de la prestación hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral decida mediante sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho.

(…)”

De conformidad con el precedente transcrito, y toda vez que en el presente asunto, mediante Resolución No. SUB241140 del 27 de octubre de 2017, Colpensiones negó el derecho a la señora MARIA TERESA DUARTE al considerar que no acreditaba el requisito de convivencia en

⁴ Ver CSJ SL, 23 sept. 2002, rad. 18512

los 5 años anteriores al fallecimiento del causante, decisión que fue confirmada en todas sus partes al resolver los recursos de reposición (Resolución No. SUB62060 del 21 de noviembre de 2017) y apelación (Resolución No. DIR 22117 del 4 de diciembre de 2017), ante la solicitud de revocatoria directa presentada contra dicho acto administrativo, se expidió resolución No. SUB 206525 del 3 de agosto de 2018, en la que si bien se indicó que también se presentó a reclamar el derecho MARIA ESPERANZA VALENCIA, las razones para no acceder a la solicitud se fundamentaron nuevamente en la no acreditación de la convivencia con el causante, razón por la cual 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 la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 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

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLEMENCIA ESTHER NEMOCON GARCÍA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICADO: 11001 3105 037 2019 00552 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y tarjeta profesional No. 303.924 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda 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 la apoderada de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el

Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de febrero de 2021.

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

El apoderado de la demandante CLEMENCIA ESTHER NEMOCÓN GARCÍA, solicitó que se confirmara el fallo de primera instancia, ya que el mismo se expidió conforme a derecho, en el entendido que aplicó el precedente jurisprudencial establecido en la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ello aunado a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993, numeral 1° de los artículos 94 y 97 de la Ley 663 de 1993, artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, artículo 106 del C.C. y 167 del C.G.P., conllevaba a concluir que la Administradora de Fondo de Pensiones incumplió con su deber de información y debido acompañamiento al afiliado de acuerdo a su situación real de pensión, generando de esta manera la ineficacia del traslado al Fondo de Pensiones de Ahorro Individual.

COLPENSIONES, por su parte, solicitó revocar la sentencia considerando que la demandante, se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003 y si bien el 23 de octubre de 2017 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público firmó el Decreto 2071, el cual estableció que las administradoras de pensiones debían proporcionar a los afiliados información completa de los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes pensionales y que la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, estableció los mecanismos para que tanto las AFP como Colpensiones realizarán asesoría a partir de 01/10/2016 a las mujeres de 42 años o mayores, y hombres de 47 años o mayores, ya que desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de Régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, dicha restricción no era retroactiva, también argumentó que la demandante debía demostrar en la demanda la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa

legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que de permanecer en el RAIS, en la AFP Colfondos S.A. conservaba su posibilidad pensional, adicionalmente, indicó que no se demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilió al Régimen de Ahorro Individual, siendo imposible para el momento de la afiliación predecir los ingresos base de cotización sobre los cuales se cotizaría en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha, también señaló que no se acreditó que la demandante hubiese sido engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún, cuando permaneció en el RAIS por más de 20 años, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en el mismo, finalmente, indicó que resultaba inconcebible que la demandante hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue sino hasta haber acreditado la edad exigida por la ley para acceder a la pensión de vejez que decidió solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declarara la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A. el 30 de marzo de 1995, así como, la afiliación permanente a COLPENSIONES y que tiene derecho a continuar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de igual forma, solicitó que se le reconociera y pagara la pensión de vejez a partir del 1° de mayo de 2019, en consecuencia, se condenara a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES los saldos debidamente actualizados De la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos financieros e intereses y a COLPENSIONES a recibir el saldo de la cuenta de ahorro individual debidamente indexada capitalizada y con sus rendimientos financieros que haga el fondo COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1° de mayo de 2019

junto con el pago de los intereses moratorios por él no pagó oportuno de sus mesadas pensionales.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 23 de julio de 1960; realizó cotizaciones al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (hoy COLPENSIONES) desde el 15 de mayo de 1984, hasta el 30 de abril de 1995; en el mes de marzo de 1995 realizó el traslado del ISS a COLFONDOS S.A. contando con 703,72 semanas de cotización; el 30 de marzo de 2015 asistió a charla grupal suministrada por asesor comercial de COLFONDOS S.A., en donde sin brindar mayor claridad sobre la situación pensional de cada trabajador ni explicar los beneficios, forma de liquidación pensional o consecuencias que conllevaría el traslado a un fondo privado y bajo el argumento que podría llegar a pensionarse con menor edad y con un monto más alto que con el régimen de prima media con prestación definida realizó su afiliación al fondo afiliándose a partir del mes de abril de 1995; para inicios de marzo de 2019, solicitó a COLFONDOS la liquidación y proyección de su mesada pensional en la modalidad de retiro programado determinando la mesada en la suma de \$3.971.532 cancelada partir de sus 59 años de edad; cotizó a COLFONDOS en forma ininterrumpida dentro del período comprendido entre el 1° de mayo de 1995 hasta el 30 de abril de 2019; cuenta con un total de 1865,28 semanas cotizadas con las entidades SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ, ESE HOSPITAL MILITAR CENTRAL Y MINISTERIO DEFENSA NACIONAL, COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.; en abril de 2019 se realiza liquidación de la mesada pensional bajo los parámetros del Régimen de Prima Media con Prestación Definida resultando una mesada pensional de \$11.165.592.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, artículo 141 de la Ley 100 de 1993, artículo 1511 del Código Civil, artículo 9 de la Ley 797 de 2003, así como también la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 y 31314 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 63 a 79, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que la vinculación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias se dio con el lleno de requisitos legales exigidos, por cuanto la misma de manera libre y voluntaria en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de afiliación resolvió afiliarse al RAIS y someterse a todas las características y exigencias del régimen de ahorro individual con solidaridad, resaltando que dicho acto era válido y había desplegado efectos jurídicos, por cuánto fue en virtud de la solicitud del traslado, negocio jurídico que fue válido eficaz y exento de vicios del consentimiento, ni ocultamiento de información por lo que no podía predicarse la configuración de la nulidad, igualmente, refirió que no podría condenarse a la devolución de los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional como el cobro de la asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios eran de consagración legal conforme al artículo 60 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 86 a 95, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, como fundamento de ello mencionó que no obraba ninguna prueba que permitiera establecer la existencia de causales de nulidad, aunado a ello, manifestó que no le asistía derecho al reconocimiento y pago de pensión de vejez por encontrarse válidamente afiliada al RAIS. Propuso las excepciones de mérito que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, petición anticipada, falta de

agotamiento de la reclamación administrativa frente a la pensión de vejez, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo debido, buena fe, e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado de entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora CLEMENCIA ESTHER NEMOCON GARCÍA en su momento del Régimen Solidario de Prima Media administrado en su momento por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad ante la administradora de pensiones COLFONDOS S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 30 de marzo de 1995, en consecuencia, determino válida su afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual juntos con el reconocimiento de bonos pensionales si a ello hubo lugar, rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por la administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la demandante y ACEPTAR los valores que sean remitidos por COLFONDOS S.A., en los términos perentorios establecidos en el numeral segundo de la decisión.

CUARTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante señora CLEMENCIA ESTHER NEMOCON GARCIA la pensión de vejez, en los términos que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de agosto del año 2019, valor de la primera mesada pensional equivalente a la suma \$9.521.679, sobre trece mesadas pensionales del año, de conformidad con la parte motiva de la decisión.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante señora CLEMENCIA ESTHER NEMOCON GARCIA, por concepto de retroactivo pensional la suma de \$195.658.248, calculado sobre 13 mesadas anuales, entre el 1° de agosto de 2019 al 31 de enero de 2021, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad y estableciendo como mesada pensional para la presente anualidad la suma de \$10.042.627 retroactivo pensional que deberá ser reconocido de manera indexada desde el momento de causación de cada mesada pensional hasta que se haga el pago efectivo de la obligación. Se AUTORIZA a COLPENSIONES a que del valor del retroactivo realice el descuento que corresponda al sistema de Seguridad Social en salud.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR a COLFONDOS s.a. en costas para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV. No se imponen costas respecto de COLPENSIONES.

OCTAVO: ORDENO que se surta el grado jurisdiccional de consulta de la presente decisión de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia”.

Como fundamento de su decisión, trajo a colación la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, en relación al deber de información y el contenido mínimo en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado y que la carga de la prueba sobre ese deber de información estaba en cabeza de las administradoras pensionales, concluyendo que de las pruebas recaudadas tales como interrogatorio de parte y testimonios no se logró acreditar el cumplimiento del deber de información en los términos de la jurisprudencia, pues aunque se evidenció que se recibió asesoría la información brindada se concentró los beneficios del régimen de ahorro individual con solidaridad, en especial que podría pensionarse antes de tiempo y que podrían obtener una mesada superior.

Frente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante se indicó que la norma que le resulta aplicable era la contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Modif. art. 9 Ley 797/2003), advirtiendo que se cumplieran los requisitos de causación edad (57 años) y densidad de semanas cotizadas (1300), así como, que se había agotado el requisito de la reclamación administrativa, por lo que procedió a realizar el reconocimiento pensional el día posterior a la fecha en que se presentó la demanda (1° de agosto de 2019), ya que no podía tomarse una fecha anterior por cuanto a COLPENSIONES no le era imputable ningún reconocimiento pensional ya que la afiliación se encontraba en el régimen de ahorro individual y procedió a hacer el cálculo del IBC y el montó de la prestación, determinando un 72,58% como tasa de reemplazo para definir la primera mesada pensional. De igual forma, indicó que no se

impondrían intereses moratorios, sin embargo, se accedió a que el reconocimiento del retroactivo se pagara de manera indexada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, en su recurso de apelación, solicitó se revocara la decisión, indicando que si se aceptaba a la demandante ello afectaba el principio de sostenibilidad financiera, el cual se fundaba en la prohibición legal de traslado en la que ya se encontraba la demandante, aunado a ello, señaló que si bien era cierto, la Corte Suprema de Justicia impuso el deber del buen consejo y cuidado por parte de las administradoras, los afiliados también tenían obligaciones en donde la información que la demandante refirió no haber recibido se encontraba contenida en la Ley 100 de 1993, de manera que el único motivo de descontento de la demandante con el régimen privado radicaba en el monto final de su mesada pensional, aspecto éste que no fue considerado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el cual no era suficiente para declarar la ineficacia del acto libre y voluntario que suscribió, igualmente, manifestó que de no acogerse dicho criterio, solicitó se revocara la condena frente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez porque no era viable dicho reconocimiento ya que Colpensiones tendrá a cargo la obligación pensional de la demandante sólo desde el momento en que se hace efectiva la devolución de los aportes que la financien y a partir de ese momento es que se podría actualizar y contabilizar el historial de cotizaciones, ya que no puede reconocerse antes porque no puede endilgar esa responsabilidad que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia estableció como cometida por los fondos de pensiones y que además el derecho a la pensión en los términos de la Ley 797 de 2003 sólo se daba cuando había operado la desafiliación del sistema situación que no ha ocurrido.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta

procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones,

no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 82 se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., del 30 de marzo de 1995.

En el interrogatorio de parte absuelto por la actora, la misma indicó que su empleador Johnson & Johnson convocó vía correo electrónico a reuniones donde les presentaron diferentes opciones distintas al seguro social para pensionarse, en la que les informaron que el ISS se iba a acabar, así como que con los fondos privados podría pensionarse con una edad inferior y una mesada más alta que en el ISS y que por dicha información decidió trasladarse de régimen pensional, advirtiéndose que en lo relativo a las reuniones convocadas en la empresa esto fue confirmado por las testigos NANCY PAREDES (quien manifestó ser compañera de trabajo de la demandante en Johnson & Johnson sucursal Cali) quien dio cuenta sobre las reuniones que se hicieron en la empresa con diferentes administradoras pensionales en la sede de Cali en donde se les expuso que el seguro social se iba a acabar, y que allí les indicaron que podrían pensionarse más jóvenes y con un buen promedio, por su parte, la Señora ADRIANA TOLEDO (quien manifestó ser compañera de trabajo de la demandante en Johnson & Johnson trabajando en Bogotá del año 1992 a 1996), mencionó que en la empresa para el año 1995 se empezaron a hacer reuniones con los fondos privados donde les

explicaron sobre el nuevo modelo de pensiones, que en esas reuniones les hablaron sobre las bondades de estos, consistentes en pensionarse antes que en el ISS y con una pensión más alta y así en masa los representantes de venta se afiliaron a estos fondos y que frente al ISS indicaron que como era una entidad del estado seguramente la misma podría desaparecer.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, pues ello tampoco fue posible colegir del interrogatorio de parte absuelto ni de los testimonios recaudados, pues en estos solo se dio cuenta que en las reuniones realizadas por los fondos privados tan solo se indicó que al hacer la afiliación a los mismos podrían pensionarse a una edad inferior y con un monto pensional más alto al del ISS.

En cuanto al aspecto de la devolución de rendimientos y gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarlos, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera

instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez ordenada por el fallador de primera instancia, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que es indispensable que los aportes de la afiliada se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que COLPENSIONES pueda analizar la situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra la demandante.

En consecuencia, se REVOCARÁN los numerales 4° y 5° de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 a favor de la aquí demandante y del retroactivo establecido, por las razones mencionadas.

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: REVOCAR los numerales 4° y 5° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de febrero de 2021 y en su lugar absolver a COLPENSIONES del

reconocimiento pensional y del retroactivo ordenados a favor de la demandante.

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 BENEDICTO QUIROGA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 007 2018 00662 01

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre 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 demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de enero de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por la apoderada del demandante, quien solicito se confirmara el fallo de primera instancia, toda vez que dentro del proceso no se demostró que para realizar la vinculación o traslado de régimen se le hubiera realizado al demandante

la explicación de las implicaciones de dicho traslado relacionada con las diferentes modalidades de pensión, fecha de redención del bono, ni con las desventajas que podría tener la vinculación al RAIS, o las posibles ventajas de permanecer en el régimen de prima media para el momento en el cual consolidaría su derecho a pensión, ni que se cumplía con el deber de información con una corta y genérica charla de 30 minutos.

Refirió que existía una copiosa línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado la cual resultaba vinculante en todos y cada uno de los procesos donde se abordaba este problema jurídico. Finalmente, indicó frente al recurso de apelación presentado por PORVENIR que la decisión no iba contra de ninguno de los principios generales del derecho y por el contrario, con la decisión de declaratoria de ineficacia se restablecían los derechos de su representado a la “libre elección de régimen” de que trataba el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarara la nulidad de la afiliación que realizó al Fondo de pensiones AFP PORVENIR S.A, así como que, la única afiliación válida al sistema general de pensiones era la efectuada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, en consecuencia, se ordenara a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 (Modif. Ley 797 de 2003), el retroactivo pensional a que hubiere lugar y sus respectivos reajustes junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 28 de enero de 1996; inicio cotizaciones al Instituto Seguros Sociales desde el 16 de marzo de 1979; cotizó 973 semanas al régimen de prima media con prestación definida; el 16 de diciembre de 2003 suscribió formulario de traslado con destino a la AFP PROVENIR; no recibió asesoría para la

afiliación al régimen de ahorro individua; tampoco le indicaron los requisitos para acceder al reconocimiento pensional en el mismo, ni se le informó sobre la diferencia en la distribución de las cotizaciones en el mencionado régimen, ni la inconveniencia de trasladarse a este; ha cotizado en el 737 semanas en PORVENIR S.A. y en total 1497 semanas. El 4 de julio de 2018 recibió documento de la AFP de simulación pensional en donde se le informó que su monto pensional sería de \$1.096.900 al cumplir los 62 años siendo su IBL de \$6.965.575.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 13, 33, 34, y 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 132 del Decreto 3800 de 2003 y Decreto 3995 de 2008, así como también las sentencias de la H. Corte Constitucional C-538 de 1996, y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia Exp. No. 31989 de 2008 y SL12136-2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 68 a 88, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que no obraba prueba alguna que evidenciara que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta del deber de información) por parte de la AFP o que se estaba en presencia de algún vicio del consentimiento, ni se evidenciaba dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permitiera inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante. Por el contrario, señaló que se observaba que las documentales se encuentran conforme a derecho y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria sin señalamientos sobre constreñimientos o presiones indebidas. Igualmente, manifestó que el demandante no cumplía con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen de prima media en cualquier tiempo y que el demandante no reunía los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradores de seguridad social del orden público y la genérica.

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 146 a 172, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que la afiliación fue producto de una decisión informada y libre de presiones o engaños; lo que se apreciaba en la solicitud de vinculación No. 10548488 en donde se hace la declaración escrita a que se refería el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, adicionalmente, señaló que siempre le garantizó el derecho de retracto de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 del Decreto 1161 de 1994, el artículo 13 original de la Ley 100 de 1993 y la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, con el comunicado realizado en el diario el Tiempo en donde se informó sobre la posibilidad de trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, refiriendo que con la demanda la parte actora pretende desconocer la restricción contenida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (Modif. Ley 797 de 2003) y que en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivientes. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de enero de 2021, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN y TRASLADO realizado por: – el señor BENEDICTO QUIROGA con la AFP PORVENIR SA el 16 de diciembre de 2003 contenida en formulario No. 01955535.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor BENEDICTO QUIROGA dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: Igualmente deben incluir todos los gastos de administración comisiones, o cualquier otro emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante mientras ha estado afiliado a PORVENIR, valores que debe ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de actualización monetaria.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al señor BENEDICTO QUIROGA desde su afiliación inicial al ISS en el año 1979.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez al señor BENEDICTO QUIROGA conforme los lineamientos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, de la cual es beneficiario el demandante, la pensión deberá ser reconocida a partir de que el demandante acredite su desafiliación del sistema y en todo caso después de ejecutoriada esta decisión.

SEXTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones expuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SEPTIMO: Se condena a PORVENIR S.A. a pagar las costas procesales y a favor del demandante, las agencias en derecho se tasan en de 2 SMML, no hay lugar a condena en costas contra Colpensiones.

OCTAVO: Se ordena la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación a fin de que el superior revise la legalidad de lo decidido

Como fundamento de su decisión, argumentó que la afiliación y traslado del demandante no estuvo acorde al Estatuto de Seguridad Social y la regla de libertad de escogencia del sistema porque no se acreditó la existencia de una decisión informada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado de régimen pensional en todas sus dimensiones legales, precisando que declarada la ineficacia las partes debían volver a como si no hubiese existido la afiliación y traslado y por ello en este tipo de casos la Corte Suprema de Justicia a doctinado que debe ordenarse al fondo privado a devolver la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante, la cual debe incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros que se cause hasta la fecha de entrega de dicho dinero, así como a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

Respecto al reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante se indicó que la norma que le resulta aplicable era la contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Modif. art. 9 Ley 797/2003), advirtiendo que se cumplían los requisitos de causación edad (62 años) y densidad de semanas cotizadas (1300), como quiera que el demandante contaba con más de 1400 semanas cotizadas por lo que procedió a realizar el reconocimiento pensional resaltando que la prestación debería ser reconocida a partir de la fecha en que se acreditara la desafiliación al sistema. No accedió al pago de intereses moratorios en la medida en que no hubo mala fe de COLPENSIONES ante la negativa del reconocimiento de la pensión.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, en su recurso de apelación, solicitó se revocara la decisión, indicando que su representada nada tuvo que ver con la suscripción y el negocio jurídico celebrado entre el demandante y PORVENIR S.A., ni estuvo durante la suscripción del formulario pero si tiene que asumir la prestación, además solicitó tener en cuenta que el demandante tampoco se acercó a verificar la información y en ningún momento quiso retornar, ni tuvo la voluntad de retornar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, por lo que no se presentaba un error que generara una rescisión judicial que hubiera obligado al demandante a firmar contra su voluntad, pues lo pudo haber remediado de manera posterior pero no lo hizo, debiéndose analizar cada caso en particular como lo señalaba la jurisprudencia, máxime que no se dejó determinado un daño, ni tampoco definida la mesada que le sería más favorable.

También solicitó tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera señalando que este no se creó de manera caprichosa sino para salvaguardar el patrimonio de las personas que si venían cotizado día a día al régimen de prima media, en razón a que la manera como se llevan los distintos regímenes eran completamente diferentes y a pesar que los

jueces venían ordenando regresar todos los dineros a veces no se alcanzaban a cubrir todas esas expectativas pensionales lo que iba en detrimento de quienes si venían cotizando día a día.

Por su parte, el apoderado de PROVENIR S.A., indicó que no se compartía la decisión de declarar la ineficacia en sentido estricto ni las consecuencias jurídicas que eso le daba, toda vez que dicha decisión iba en contra de varios principios generales del derecho, como el principio de inescindibilidad de las normas, el principio de confianza legítima y el principio de sostenibilidad financiera; así mismo señaló que la operación automática de la carga de la prueba desdibuja la carga dinámica pues esta debe valorarse en cada caso en concreto, en ese sentido resalta que el demandante en el interrogatorio indicó que la intención del mismo fue trasladarse porque le habían dicho que el seguro social se iba a acabar negación indefinida frente a la que no obraba prueba si quiera sumaria; aunado a ello señaló que el artículo 1604 del Código Civil contempla el deber de cuidado y diligencia de las personas, y que también este código hablaba de la responsabilidad de los deudores dentro de éstos negocios jurídicos, sin embargo, para la jurisdicción laboral, los usuarios no tienen ni siquiera la obligación de cuidado, como lo establece el artículo 63 del Código Civil, donde se habla de las diferentes elementos de culpa, refiriendo que lo que se está pretendiendo es una patente de corso para que se trasladen de manera automática.

También indicó que el despacho no tuvo en cuenta las circunstancias particulares ya que refiere que el demandante mintió en su interrogatorio, pues aseguró nunca haber firmado un formulario de afiliación en el 2001 por aportes voluntarios, sin embargo, dentro del proceso obraba un formulario del 2001 y aportes voluntarios, que lo que se pretendía era una responsabilidad objetiva, no obstante, para el despacho de Primera Instancia sólo funciona las pruebas documentales y no las pruebas indiciarias, señalando además, que de ello surgía una pregunta consistente en que si el demandante no tenía conocimiento del régimen de ahorro individual como supo de los ahorros voluntarios, señaló que dentro del proceso y la sentencia se confundían las figuras de ineficacia

en sentido estricto y nulidad, pues no era cierto que la consecuencia de una ineficacia fuera a retrotraer las cosas a su estado original y menos la ineficacia en sentido estricto sería la que se aplicaría en los términos del artículo 271 que era la que debían aplicar los jueces, ya que esta hablaba era de acciones de fuerza o dolo que impidieran la escogencia de cualquiera de los regímenes y aquí no se probó ni el dolo ni la fuerza y los dos se desvirtuaron propiamente, norma de la que se desprendía que la afiliación respectiva quedaría sin efecto de pleno derecho por lo que podría realizarse nuevamente en forma libre, espontánea por parte del trabajador, por lo que no era cierto que las cosas se retrotraían a su estado original.

Igualmente, indicó que en ambos regímenes los gastos de administración se descontarían por lo que no podría traerse a colación lo relacionado con el detrimento del patrimonio, en este sentido, respecto a la excepción de prescripción indicó que debió prosperar por lo menos de manera parcial en la medida en que estos no eran netamente económicos, no hacían parte de los dineros destinados a la pensión y por tanto, no tenían la protección de imprescriptibilidad.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, de l fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas

del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Descendiendo en el análisis se advierte que como documental relevante reposa a folio 16 formulario de afiliación del demandante al fondo de pensiones obligatorias con la AFP PORVENIR S.A., el 16 de junio de 2003 (fl. 16 y 175 del expediente digital), igualmente, reposa formulario de afiliación al fondo de pensiones voluntarias con la AFP PORVENIR, el 31 de julio de 2001 (fl.176-177), sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que debe distinguirse entre aportes voluntarios a pensión y fondos de pensiones voluntarias, debiéndose precisar que quienes están afiliados al régimen de prima medida, no pueden hacer aportes voluntarios a pensión, pues la ley no lo consideró, ya que así se desprende de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, si tiene la opción de acudir a los fondos voluntarios de pensión que más que fondos de pensión son fondos de ahorro o de inversiones, en los que cualquier banco, fiduciaria o aseguradora puede ofrecer estos planes de pensiones voluntarias, en ese orden, y siendo claro que el demandante para la fecha de afiliación al fondo de pensiones voluntarias no se encontraba afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad ni realizando aportes voluntarios a pensión como trato de hacerlo ver el

recurrente, no es posible dar cabida a la conclusión a la que se pretendía llevar consistente en que el demandante si conocía sobre el régimen de ahorro individual.

En el interrogatorio de parte absuelto por el actor se advierte que el mismo indicó que estando prestando servicios de transporte en el colegio corazonista en donde asesores comerciales del fondo privado le indicaron que el seguro Social iba a desaparecer y que solo iba a quedar PORVENIR, que no estaba presente ningún asesor de COLPENSIONES y que las bondades que les habían mencionado de esta administradora se concretaban en que se podrían pensionar antes de tiempo o pedir el dinero que se tenía ahorrado, pero que cuando sus amigos empezaron a pensionarse se dio cuenta que no era cierto lo que el fondo les había prometido, también indicó que no recordaba haberse afiliado al fondo de pensiones voluntarias, sin que de lo expuesto en el mismo, se advierta reconocimiento alguno sobre la información mínima suministrada por la demandada.

Sobre este punto es importante señalar que nuestro máximo órgano de cierre, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha determinado que en este tipo de asuntos procede la ineficia del traslado y que la carga de la prueba del consentimiento informado está a cargo de los fondos privados, quienes se reitera deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, en esa medida y dada la vinculatoriedad del precedente mencionado se establece una línea a seguir, advirtiéndose que en el presente asunto solo obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones y el mismo no resulta suficiente, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y si bien se manifiesta por la apoderada de COLPENSIONES que el demandante tampoco se acercó a verificar la información, ni tuvo la voluntad de retornar

al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, ni se determinó el daño sufrido en la mesada pensional, de lo señalado en el interrogatorio se desprende que ello fue por desconocimiento, pues el mismo actor indica que una vez se empezaron a pensionar sus compañeros fue cuando advirtió que era cierto lo que les había prometido el fondo y como quiera que de acuerdo con lo señalado jurisprudencialmente tampoco se requiere tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación, no se requiere la determinación del daño.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante, debiéndose precisar que en lo que respecta a la excepción de prescripción cuya aplicación se solicita si quiera de manera parcial frente a los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración, por ejemplo las mesadas tal como se señaló entre otras por la C.S.J., S.C.L., en la sentencia SL1688-2019, al constituir los gastos de administración parte de la

situación jurídica como se indicó en la referida sentencia, no estarían afectados por el fenómeno de la prescripción.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez ordenada por el fallador de primera instancia una vez se acredite la desafiliación del sistema, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que si bien dentro del Régimen de Prima Media se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, el retiro del sistema previamente por parte del afiliado, en el caso bajo estudio, es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que COLPENSIONES pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra el demandante.

En consecuencia, se REVOCARÁ el numeral 5° de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 a favor del aquí demandante, por las razones mencionadas.

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: REVOCAR el numeral 5° de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de enero de 2021 y en su lugar absolver a COLPENSIONES del reconocimiento pensional ordenados a favor del demandante.

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

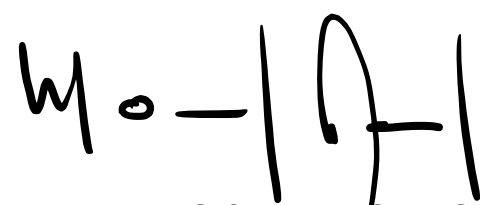
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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 LUCY DAVID BASTIDAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RADICADO: 11001 3105 024 2018 00168 01

Bogotá D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

La Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a dar cumplimiento a la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia STP11112-2021 Radicado n.º 116709 Acta 182, del veintiuno (21) de julio de dos mil veintiuno (2021), notificada el 7 de septiembre a este despacho y cuyo expediente se recibió de manera física el día 13 de del mismo mes, mediante la cual se ordenó: *Dejar sin efecto la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá proferida el 4 de septiembre de 2020 y ordenar que dentro del término de veinte (20) días, contados a partir de la notificación de esta decisión, resuelva nuevamente el asunto, observando los argumentos expuestos en el precedente jurisprudencia citado en esta providencia*”

El apoderado de la parte demandada COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones, solicitando la revocatoria de la sentencia, bajo el argumento que de las pruebas arrimadas al proceso, se corroboró que la demandante se encuentra válidamente afiliada a PROTECCION S.A., ya que suscribió el formulario de manera voluntaria y consciente. Adicionalmente manifestó que para la fecha en que la actora petitionó el retorno al régimen de prima media, estaba incurso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, quien no era beneficiaria del régimen de transición. Finalmente señaló que nunca existió un error de hecho ni de derecho, el que de haberse configurado quedo subsanado con la vocación de permanencia en el régimen privado.

Acatando lo dispuesto por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia se procede a dictar sentencia con fundamento en lo dispuesto en la decisión de tutela:

I. ANTECEDENTES

La señora LUCY DAVID BASTIDAS, pretende que se declare la nulidad de su afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., realizada el 17 de julio de 1998, por la indebida y nula información. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, a recibir a la demandante como afiliada cotizante, así como actualizar y corregir su historia laboral y recibir los dineros antes mencionados. Sustento sus pretensiones, en que nació el 08 de noviembre de 1961, que se afilió al I.S.S. el día 31 de julio de 1984, cotizando en dicho régimen un total de 708 semanas, que el día 17 de julio de 1998 se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A., sin haber recibido la suficiente ilustración por parte de este fondo; y que ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1714 semanas (folios 3-17).

Como fundamento normativo, citó los artículos el Art. 21 C.S.T.; Arts. 6, 25, 74,

145 del C.P.T y de la S.S.; Ley 1149 de 2007; Decreto 2351 de 1965; Arts. 63, 65, 70 del Código de Procedimiento Civil; Arts. 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 Constitución Política Nacional; Arts. 11, 21, 31, 36, 50, 141, 142, 288 y 289 Ley 100 de 1993; Arts. 12, 13, 20 y 35 del Acuerdo 049 del I.S.S. reglamentado por el Decreto 758 de 1990; Sentencias 33083 de 2011 y 31989 de 2008. Así como las sentencias con radicado 33083 de 2011, 46292 de 2014, 31989 de 2008, 46292 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 122-131 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la afiliación realizada por la demandante a PROTECCION S.A., cuenta con validez, como quiera que el formulario fue suscrito de manera libre y voluntaria. Además enuncia que previo a la presentación de la acción ordinaria, no existen gestiones efectuadas por la accionante, tendientes a retornar al RPM. Propuso las excepciones de buena Fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción e innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 84-94, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, al manifestar que la afiliación efectuada por la demandante, fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza en su realización; además fue la demandante que en forma libre y voluntaria decidió afiliarse a la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de junio de 2019, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de LUCY DAVID BASTIDAS, identificada con C.C 35.493.978 a COLMENA AIG CESANTIAS Y PENSIONES hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., suscrita el 17 de julio de 1998, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales LUCY DAVID BASTIDAS, identificada con C.C 35.493.978, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, las cotizaciones que hizo LUCY DAVID BASTIDAS en el RAIS, junto con todos los rendimientos que hubieren causado.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante LUCY DAVID BASTIDAS, identificada con C.C 35.493.978, actualizar y corregir su historia laboral una vez recibida los dineros que debe trasladarle PROTECCION S.A.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra en la demanda.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEPTIMO: Sin condena en costas en esta instancia.

OCTAVO: En el caso que no se presente recurso de apelación por COLPENSIONES, remítase el expediente a la sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor por así ordenarlo el artículo 69 del CPTSS” (Folio 154).

El A-quo argumento que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 2003, y teniendo en cuenta las sentencias con radicales 55050 de 2015 y SL 1421 de 2019, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó el actor al Régimen de Ahorro Individual, al no haber demostrado el fondo de pensiones, que para la fecha en que se efectuó la vinculación, hubiese impartido a la demandante información objetiva, comparada y transparente sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional.

IV. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 26 de agosto de 2020, señaló el 4 de septiembre de 2020, fecha para proferir por escrito la decisión de segunda instancia.

En la fecha señalada, la Sala mayoritariamente emitió sentencia en cuya parte resolutoria se dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, regulan integralmente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

SEGUNDO: DECLARAR que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, las normas reguladoras del acto de afiliación, deben aplicarse integralmente, sin posibilidad de fraccionarse, ni tomar parte de una y otra para dar paso a una tercera que se ajuste al caso.

TERCERO: DECLARAR que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información, debe sujetarse integralmente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993,

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de los administradores de pensiones, en la forma en que se estableció en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

QUINTO: DECLARAR que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y público de carácter especial en el caso de Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.

SEXTO: DECLARAR que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.

SEPTIMO: DECLARAR que el juzgamiento de validez del acto de afiliación y sus consecuencias, debe hacerse a la luz del estatuto de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, en atención al principio de integración normativa.

OCTAVO: DECLARAR que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.

NOVENO: DECLARAR que el acto de afiliación a un régimen pensional, no tiene carácter contractual y en consecuencia sus requisitos y efectos no nacen de la voluntad de los sujetos que en él intervienen sino de las disposiciones contenidas en la ley.

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones y las AFP PROTECCIÓN S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

ONCE: DECLARAR que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.

DOCE: DECLARAR que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

TRECE: DECLARAR que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

CATORCE: DECLARAR que los efectos legales de la afiliación a un régimen pensional no surgen de acuerdos entre el afiliado y la administradora escogida sino de la ley y, en consecuencia, los mismos no pueden tornarse en perjuicios a cargo de la administradora.

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de julio de 1998, fecha del traslado a COLMENA hoy Protección S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas a Colpensiones, en razón a que la afiliación de la actora al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral del demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.”

V. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida en impugnación por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º 116709, Corporación que emitió fallo el 21 de julio de 2021, notificado el 7 de septiembre de 2021 y mediante el cual revoco la decisión de la Sala de Casación Laboral, que la había declarado improcedente, y dispuso:

“PRIMERO: Revocar la decisión apelada, por las razones expuestas en la anterior motivación.

SEGUNDA: Amparar el debido proceso de LUCY DAVID BASTIDAS.

TERCERO: Dejar sin efectos la providencia 4 de septiembre de 2020, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, y ordenar que dentro del término de veinte (20) días, contados a partir de la notificación de esta decisión, resuelva nuevamente el asunto, observando los argumentos expuestos en el precedente jurisprudencial citado en esta providencia.

CUARTO: Notificar esta decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 ibidem.”

VI. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo, concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

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

El problema jurídico para resolver será determinar si procede la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional solicitada por el actor, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas; cuya solución se dará atendiendo los argumentos de la decisión de tutela que favoreció a la accionante.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, conviene precisar que el argumento de la H. Sala de Casación Penal, para amparar los derechos fundamentales del accionante en la sentencia de tutela que promoviera, fue de manera principal el siguiente: En efecto, en la última de aquellas sentencias esta Corporación señaló cuáles son las implicaciones de dicho deber e indicó que en este tipo de casos, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado. Sobre el particular, indicó:

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

si la rindo dado que es quien está en posición de hacerlo. Radicado n.º 63108 SCLAJPT-11 V.00 9 Esa visión de la inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en desventaja probatoria el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un desatino, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió " esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452- 2019, CSJ SL16882019 y CSJ SL1689-2019). Además, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Atendiendo lo expuesto en los precedentes citados y la interpretación y valoración realizada por la Sala de Casación Penal respecto del deber de información, resulta insuficiente el formulario de afiliación de fecha 17 de julio del año 1998, para entender cumplido el deber de información que le asistía a la AFP Protección S.A y en consecuencia deberá atenderse la declaratoria de ineficacia solicitada por la actora.

Las anteriores consideraciones a juicio de lo expuesto en la decisión de tutela, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de junio de 2019, 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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA