

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIANA MÓNICA VIVAS OSORIO CONTRA MARÍA CAROLINA LORDUY MONTAÑEZ Y LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE COLOMBIA - ANDI. Rad. 2015 – 00002 01. Juz. 09.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a resolver para lo que previamente se tendrá en cuenta lo siguiente:

Se reconoce personería al Dr. JOSÉ ANTONIO QUIROGA PACHÓN como apoderado de la demandante DIANA MÓNICA VIVAS OSORIO en los términos y facultades del poder conferido que obra a folios 1976 y 1977.

A continuación se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

DIANA MÓNICA VIVAS OSORIO demandó a MARÍA CAROLINA LORDUY MONTAÑEZ y a la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE COLOMBIA - ANDI para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 651 y 720:

- Se declare que los demandados son civil y solidariamente responsables por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la demandante por los factores de riesgo psicosocial de origen laboral a los que estuvo expuesta y que ocasionaron una importante repercusión en su salud mental por los cuales actualmente está diagnosticada con episodio depresivo grave sin síntomas psicóticos.
- Se condene a los demandados a pagar el daño emergente y los perjuicios causados
- Daño extrapatrimonial moral
- Daño a la vida de relación

- Traslado del cargo de “secretaria de Documentación” en la ANDI Sede Bogotá a la Sede de la Ciudad de Medellín o Cali.
- Intereses legales y de mora
- Indexación.
- Costas del proceso.

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda se encuentran a folios 604 a 650 y 693 a 719, que por lo extensos se resumen de la siguiente manera:

Que el 01 de junio de 2007 entró a trabajar en la ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE COLOMBIA – ANDI, por medio de contrato a término indefinido y desde el 17 de agosto de 2012 se ha presentado a consultas médicas por fibromialgia por estrés laboral con manejo interdisciplinario por fisiatría, psiquiatría y reumatología con diagnóstico de TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, lo que generó diversas incapacidades durante la relación laboral. Que el 22 de septiembre de 2014 se realizó un COMITÉ DE CONVIVENCIA LABORAL, en las Instalaciones de la ANDI – Bogotá, que fue solicitado por Lorena Ortiz Robayo – Empleada de la ANDI, para exponer su situación con su compañera de trabajo Diana Mónica Osorio Vivas – secretaria de la Cámara de Alimentos que concluyó que los hechos aducidos por las partes intervinientes no constituyen “Acoso Laboral”.

Que el médico tratante le prescribió las siguientes recomendaciones: “Laborar en horario de 8 horas efectivas al día o 48 horas semanales de acuerdo con lo establecido en la Empresa y no laborar turnos nocturnos ni horas extras. No laborar en alturas. No manipular herramientas, equipos y/o máquinas que generen condición insegura para el trabajador. No exponerse a niveles de ruido que superen los límites permisibles. Por parte de la Empresa, proveer las condiciones adecuadas para el buen desempeño del Trabajador. Permitir hora de almuerzo de acuerdo con el horario establecido por la Empresa para tal fin. Permitir Controles médicos con Especialista Tratante por Psiquiatría.”

Que el 19 de diciembre de 2014, radicó una Denuncia y/o Queja, ante el Ministerio de Trabajo, contra la Sra. MARÍA CAROLINA LORDUY MONTAÑEZ, por Acoso Laboral. Que el 09 de febrero de 2015, le fue enviada una carta por parte de su empleador ANDI, en la que le comunican que partir de la fecha sería reubicada en el cargo de “Secretaría Transversal de la Vicepresidencia Administrativa”.

Que el 19 de febrero de 2015, la empresa le informó que “El traslado suyo implicaba una modificación de la Estructura administrativa y ello toma tiempo, en ese sentido

ese traslado fue realizado tan pronto fue posible”. “3. En cuanto al Cumplimiento de sus funciones ésta será dentro de la Jornada Laboral. 4. En cuanto a la ubicación física de su puesto de trabajo y la exigencia de sus funciones, la ANDI estima que no comportan desmejora alguna.”

Que el 09 de marzo de 2015, la ARL SURA, realizó un Informe sobre el análisis psicosocial de puesto de trabajo de Diana Mónica Vivas Osorio en la ANDI, por parte de la psicóloga Ximena Hernández Montero de Salud Ocupacional concluyó que se debía reubicar a un puesto de Trabajo que le garantice a la colaboradora un ambiente tranquilo y armonioso, y, cuyas actividades no requieran la atención de usuarios internos y externos y recomendó un estudio por medicina laboral.

Por último, señala que ha sido diagnosticada con trastorno esquizoafectivo y rasgos de personalidad Cluster B, con síntomas depresivos, abulia, ánimo triste y anhedonia, ideas referenciales e incluso paranoides persecutorias con su trabajo, por lo que ha sido incapacitada últimamente, y que se solicitó valoración por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto del 29 de mayo de 2018 (fl. 755), notificada la demanda a la pasiva y corrido el traslado correspondiente, la accionada ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESARIOS DE COLOMBIA – ANDI contestó la demanda como se observa a folios 1041 a 1088.

- Se opuso a todas las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con el ingreso de la actora a laboral el 1º de junio de 2007 mediante contrato a término indefinido, los nombres de los jefes que tuvo la demandante, la descripción del cargo, la conclusión del comité sobre la denuncia de acoso laboral, los derechos de petición presentados por la actora y sus respuestas, las incapacidades y la solicitud de valoración por la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Señaló que no son ciertos o no le constan los demás hechos.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones demandadas, que no hay nexo de causalidad para solicitar indemnización de perjuicios, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, pago, falta de título y causa en la demandante, compensación, prescripción de los derechos reclamados, enriquecimiento sin causa de la demandante y la genérica.

La demandada MARÍA CAROLINA LORDUY MONTAÑEZ dio contestación a la demanda en los términos que se observan a folios 1721 a 1740 a 1744 a 1767

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- En cuanto a los hechos manifestó que no le constan pues no tuvo conocimiento alguno de ellos.
- Propuso como excepciones de fondo las de pago y compensación, falta de título y causa en la demandante, inexistencia de la culpa patronal, enriquecimiento sin causa de la demandante, buena fe, prescripción, mala fe de la demandante y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 12 de marzo de 2021 en la que absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas e impuso condena en costas a la parte demandante.

En la sentencia de primera instancia la juez, una vez analizada la prueba documental aportada y el dictamen médico rendido dentro del expediente, evidenció que la demandante inició controles de consulta externa desde el año 2012; que fue hospitalizada en dos oportunidades; que se realizó análisis del puesto de trabajo en el año 2015 por la ARL SURA y que la calificación de la enfermedad fue de origen común (fl. 450 a 453). Mencionó que los dictámenes (fls. 1806 a 1811 y 1835 y 1836) se pronunciaron en el mismo sentido, esto es, determinando como riesgo común el origen de la enfermedad de la actora. Tuvo en cuenta que el 28 de agosto de 2020 se realizó dictamen del médico psiquiátrico y conforme a la declaración del perito, se indicó que estos trastornos pueden estar en la persona desde temprana edad pero que algunos aspectos pueden generar la aparición de los síntomas, pero que conforme a los testigos no se evidenció maltrato por parte de la jefe o que existiera una conducta de acoso laboral para con la demandante, lo que encontró corroborado con las actas de las reuniones del Comité de Convivencia.

Por lo anterior, consideró que el origen de las patologías no guarda relación alguna con las relaciones laborales, corroborado con los dictámenes de la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Indicó que fue reubicada del puesto de trabajo en dos oportunidades con cambio de jefe directo y con menores exigencias laborales creando incluso un nuevo puesto de trabajo sin contacto con público, por lo que no se probó un verdadero caso de acoso o que la carga laboral fuera excesiva, por lo que concluyó que procedía la absolución de los perjuicios reclamados a las demandadas.

En cuanto al traslado de puesto de trabajo a otra ciudad, señaló que se recomendó evitar exposición cambio extremo por un término de 6 meses y la exposición a un clima frío (fl.131 a 247), pero que en los últimos 6 meses no ha existido recomendación alguna, por lo que reflexionó que no resultaba posible el cambio de ciudad y declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones.

Apelación

Parte actora.- Indicó que si bien la patología y su origen fue calificada como de origen común el objeto de litigio no es la pérdida de la capacidad laboral o el impedimento para seguir con sus funciones, sino que los daños causados a la trabajadora por el acoso laboral fueron los desencadenantes de su estado de salud por lo que se debe tener en cuenta que produjeron estas afectaciones. Que se debe ordenar el traslado o cambio de puesto de trabajo para que ella tenga un ambiente laboral de respeto, armonioso y tranquilo como lo recomendó la ARL, por cuanto el entorno laboral fue el desencadenante de la enfermedad y si bien era una enfermedad anterior, reitera que fue ocasionada por el acoso laboral generado por la demandada María Carolina Lorduy. Considera que era una situación prevenible si la empleadora se hubiera actuado de manera diligente, por lo que solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada.- La ANDI No interpuso recurso. La señora MARIA CAROLINA LORDUY no interpuso recurso.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Indica que la demandante tiene un diagnóstico psiquiátrico derivado del acoso laboral del que fue víctima por parte de la demandada CAROLINA LORDUY y re victimización pro parte de la ANDI y manifiesta aportar documental que por el estado de salud de la actora no estuvo en condición de revisar los documentos aportados con la demanda, pero que se encuentran enumerados en el acta que se presentó ante el Ministerio del Trabajo. Presenta argumentos para desvirtuar las pruebas testimoniales de la parte demandada y hace una relación de los documentos que considera prueba la situación de acoso a la demandante y su situación médica.

Parte demandada: Carolina Lorduy.- Manifiesta que no existe prueba de las conductas que la demandante le endilga a la demandada CAROLINA LORDUY, lo

que tampoco concluyó el perito designado. Que no se logró demostrar que su representada incurriera en alguna conducta que pudiera considerarse como maltrato laboral ya que su cliente había dejado de tener contacto con la demandante desde febrero de 2015 luego de las reubicaciones laborales y que sus incapacidades se intensificaron con posterioridad a la reubicación al punto de encontrarse incapacitada la mayor parte del tiempo. Resaltó que una vez fracasada la queja ante el Comité de Convivencia de la ANDI la demandante no inició el proceso de acoso laboral ante la justicia ordinaria sino que presentó la demanda de reparación de perjuicios.

La ANDI.- Señala que no se evidencia yerro en la decisión de primera instancia por cuanto se probó que el origen a del patología de la acora no era profesional o laboral pues la Junta Nacional de Calificación de Invalidez dictaminó "trastorno mixto de ansiedad y depresión "enfermedad de origen común" y la Junta Regional de Calificación de Invalidez ratificó la calificación del origen de la enfermedad, por lo que el juez del trabajo solo puede revocar la decisión o el dictamen mediante la controversia ante la justicia ordinaria promovida contra el dictamen.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". En este caso es necesario establecer si la condición de salud de la trabajadora fue ocasionada por el acoso laboral y si este fue el desencadenante de su estado de salud, para obtener las condenas pretendidas en la demanda.

En relación a la solicitud de la parte actora de no tener en cuenta los alegatos de conclusión presentados por la demandada Carolina Lorduy, por cuanto fueron extemporáneos y no fueron remitidos a su correo electrónico como lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala tiene en cuenta en primer lugar que los alegatos fueron presentados el mismo día que la parte actora y respecto a que no se remitieron a su correo electrónico, en el auto que admitió el recurso se indicó que radicados los escritos se mantendrían en secretaría a disposición de las partes, lo que por razones obvias permitió a la parte actora conocer el contenido de los alegatos y hacer manifestaciones al respecto.

Ahora en cuanto al recurso interpuesto por la actora es claro que no fue objeto de controversia en el proceso la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, como tampoco que la demandante padece de trastorno mixto de ansiedad y depresión calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como enfermedad de origen común.

Lo que pretende la parte demandante en su recurso es que se determine que el diagnostico que fue determinado por el médico tratante fue desencadenado por el entorno laboral en que trabaja la actora y como consecuencia de ello se condene a las demandadas a las pretensiones incoadas en la demanda.

Como la recurrente considera que el desencadenante de la enfermedad que venía padeciendo la demandante y que fue calificada como de origen común, fue el acoso laboral generado por la jefe María Carolina Lorduy, cabe mencionar que debió la demandante acudir al proceso correspondiente (Acoso laboral), esto es, adelantar el trámite establecido en la Ley 1010 de 2006, lo que no hizo o por lo menos no lo demostró en el proceso, por lo que no sería éste el procedimiento para su declaratoria.

No obstante, frente a las pretensiones de la demanda se revisan por la Sala las pruebas allegadas teniendo en cuenta el fundamento del recurso.

En el Acta No. 03 del 6 de noviembre de 2014 (fls. 93 a 98) el Comité de Convivencia Laboral, analizó la situación planteada por la demandante en contra de su jefe María Carolina Lorduy por “maltrato psicológico y físico”, respecto del cual el 19 de noviembre de 2014 le comunicaron que se cerraba el caso. La demandante colocó una queja ante el Ministerio del Trabajo por acoso laboral contra su jefe María Carolina Lorduy (fl. 108 a 119) y en acta del 17 de junio de 2015 no se conciliaron las pretensiones de la actora donde lo pretendido fue un aumento del salario y la reubicación laboral en Medellín o Cali. (fl. 204)

Famisanar expidió recomendaciones el 24 de abril y el 26 de septiembre de 2015; sin embargo, ninguna de ellas está relacionada con aspectos psicológicos o psiquiátricos, solamente hizo referencia a situaciones posturales, movimientos repetitivos, actividades anti gravitacionales con los miembros superiores. Exposiciones al frio extremo e instrucciones sobre mecánica corporal. (fl. 247) y en el análisis del puesto de trabajo realizado por la ARL SURA igualmente se recomendó a la empresa el suministro de una silla ergonómica, favorecer tareas que generaran movilidad y que asista a las terapias físicas u del dolor. (fl. 288 a 296)

Famisanar en el estudio para de determinación del origen de la enfermedad (fl. 450 a 453), determinó que la enfermedad no tenía un origen laboral, sino de origen común y las recomendaciones dadas a la empresa el 29 de agosto de 2017 (fl. 588 y 589) hacen relación nuevamente a higiene postural y manejo de elementos de trabajo y protocolos de seguridad.

En el informe sobre el análisis psicosocial del puesto de trabajo (fl. 844 a 852) se determinó que no existían la mayoría de los componentes que se identifican como factores de riesgo; sin embargo, se mencionó que ella no podía responder a las exigencias del cargo en el cual fue reubicada y de indicó que las recomendaciones no tenían carácter vinculante.

Conforme a la historia clínica del Centro de Investigación del Sistema nervioso (fl. 1483 y siguientes), la actora manifestó haberse vuelto paranoica desde hacía 4 años (2012) que la atracaron, que tiene problemas familiares con la mamá a quien ve como a la jefe y le provoca agredirla; que ha tenido acoso laboral y comentarios en el trabajo a veces de índole sexual, sobre lo que no se aportaron pruebas.

En el interrogatorio de parte la demandada MARÍA CAROLINA LORDUY MONTAÑEZ manifestó respecto de la queja de acoso laboral que otra trabajadora (Lorena), le comentó que Diana la maltrataba y por ese motivo presentó una queja de acoso laboral en contra de la actora y luego la actora presentó una queja en su contra. Indicó que le informaron del Comité de Convivencia que no existió razón para una queja, y que nadie manifestó que ella la gritara o la maltrata y por no existir una prueba al respecto, se cerró el procedimiento, pero que si hubo recomendación respecto a mejorar la comunicación entre ellas. Conocía de los temas físicos (fibriomialgia) y de las incapacidades por la información de recursos humanos, pero sin conocimiento respecto a temas psiquiátricos.

RUTH OSORIO RAMÍREZ, es la madre de la demandante, por lo que se presentó tacha de sospecha por la parte demandada, manifestó que este proceso de psiquiatría inició en el año 2012, que ella para entonces ella ya no era la misma, no departía con la familia y que tuvo agresión verbal con ella. Que no le manifestó específicamente nada con respecto a María Carolina pero que si sabía que en el trabajo no estaba bien. No ha visto un detonante para ese comportamiento y hay días en que está bien y otros en que no. Sabe que habla con Ángela que es la jefe inmediata. Que ella vivía sola y únicamente hace 6 meses vive con ellos y desde entonces la relación ha sido muy cortante, no es la misma que tenían y la pasa más que todo en la habitación.

ANGELA IVON GARCIA es la jefe inmediata como asistente de Gestión Humana, manifestó conocer a la demandante por el empleo, dice que nunca recibió una queja formal de sentirse agredida en su integridad física, personal o de cualquier forma y solo tuvo conocimiento en la citación del Comité de Convivencia en noviembre de 2014. Que ella no recibió información de ningún compañero sobre malos tratos de parte de María Carolina ya que las oficinas son abiertas. Que Diana puso en conocimiento un trato poco cordial por su jefe con fundamento en unos correos, los que correspondían a labores que debía cumplir y por eso consideró el comité de Convivencia que no se trataba de acoso laboral y se le entregó de forma inmediata el acta. Respecto a las patologías, manifestó que sabía que se incapacitaba, pero no tenía conocimiento de los diagnósticos y ella nunca informó tal situación. Que ella lleva casi 4 años en incapacidades (2014) y solo retornó, más o menos dos semanas antes de salir a vacaciones y se reintegró nuevamente el día en que se rendía la declaración. Respecto a la recomendación de traslado de Famisanar se evaluó por gestión humana y se trasladó a la vicepresidencia administrativa y financiera.

YOLANDA CARVAJAL, abogada de la vicepresidencia jurídica de la ANDI, conoce a la demandante por el cargo que desempeña, participó en el Comité de Convivencia laboral. En cuanto a la queja en contra de Carolina (jefe) manifestó que se dio queja de malos tratos y que se citó a los testigos Yolanda y a Eduardo y se hizo una revisión de los correos donde había una serie de instrucciones para las labores que ella como secretaria debía realizar, por lo que el Comité consideró que no había un acoso laboral y que ella estaba interpretando las instrucciones como un maltrato, por lo que se trataba de malentendidos y problemas de comunicación. Que la actora fue reubicada en dos oportunidades y posteriormente estuvo incapacitada.

LORENA DEL PILAR ORTIZ ROBAYO, compañera de trabajo de la demandante desde el 2011 durante 5 años en la Cámara de alimentos, dijo que desde el principio la relación con ella fue tensa, que hace 8 años cuando falleció la madre de la declarante la demandante manifestó cosas que la hirieron; en el trabajo no le colaboró, lo que la afectó en su trabajo y por eso ella aprendió a funcionar sin tenerla en cuenta. Que con Carolina (jefe) siempre existió una relación normal, clara y decente.

Revisadas así las pruebas allegadas no se puede concluir que existieran factores laborales que le generaran problemas de salud, respecto de los cuales la empresa hubiera sido negligente, pues se reitera que la enfermedad no fue calificada como de origen laboral y adicionalmente las demandadas desconocían que la demandante padecía problemas psiquiátricos, ya que solo tuvo conocimiento de los problemas de fibromialgia y la demandante no informó otros motivos para sus incapacidades.

En cuanto a las recomendaciones para un posible traslado a otra ciudad, se resalta que en las recomendaciones (fl. 101) no se indica el cambio de ciudad o de puesto de trabajo y en su lugar se recomienda la “cercanía geográfica a su red de apoyo familiar y de fácil acceso a los servicios de psiquiatría y psicología”, por lo que no hay lugar a disponer un traslado que no fue recomendado por el médico tratante. De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada en todas sus partes.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de febrero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

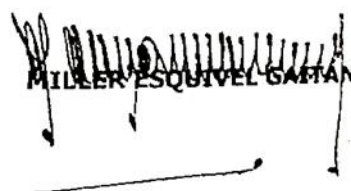
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JUAN MARTÍN TORRES GUTIÉRREZ
CONTRA HONOR SERVICIOS DE SEGURIDAD LTDA. Rad. 2018 – 00584 01.
Juz. 22.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JUAN MARTÍN TORRES GUTIÉRREZ demandó a HONOR SERVICIOS DE SEGURIDAD LTDA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 146 y 147.

PRINCIPALES:

- Se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 9 de mayo de 2007 al 8 de mayo de 2017
- Ineficacia de la terminación del contrato de trabajo
- Se ordene el reintegro del actor al cargo desempeñado
- Se condene a la demandada al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas legales y aportes a seguridad social integral desde el despido hasta cuando se efectué el reintegro.

SUBSIDIARIAS:

- Se condene a la demandada al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa
- Indemnización del artículo 65 del C.S.T.
- Indemnización de la Ley 50 de 1990
- Indexación
- Facultades extra y ultra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 144 a 146. Menciona que se vinculó laboralmente con la empresa HONOR SERVICIOS DE SEGURIDAD LTDA mediante

contrato de trabajo desde el 9 de mayo de 2007 hasta el 8 de mayo de 2017, para desempeñar el cargo de escolta estático, devengando como último salario la suma de \$1.544.468,82.

Informa que el 29 de diciembre de 2016 la empresa suscribió con SINTRAVIP convención colectiva vigente 2016-2019 y que el demandante se afilió a la organización sindical el 6 de marzo de 2017, lo que fue informado a la empresa el 10 de marzo de 2017. Que la mencionada convención establece en el artículo 14 que durante su vigencia la empresa dará continuidad y estabilidad laboral a todos los afiliados siempre que no atente contra la estabilidad, el funcionamiento y permanencia de la empresa. Afirma que el 28 de marzo de 2017 la empresa comunicó al demandante la terminación de su contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa a partir del 9 de mayo de 2017 sin el pago de una indemnización por despido.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad el 19 de diciembre de 2018 (fl. 160), notificada la demanda a parte pasiva y corrido el traslado correspondiente, la accionada HONOR SERVICIOS DE SEGURIDAD LTDA contestó la demanda como se observa a folios 187 a 201

- Se opuso a todas las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos concernientes al contrato de trabajo y sus extremos, así como el cargo desempeñado, pero no respecto del salario el cual indicó era de \$737.700. Igualmente aceptó los hechos relacionados con la convención colectiva, pero no con la estabilidad laboral para lo que señala que el actor es beneficiario de otra convención. Manifestó que no son ciertos los demás hechos de la demanda.
- Propuso como excepción previa la de indebida acumulación de pretensiones y como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, mala fe de la parte actora y la genérica o innominada.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 10 de agosto de 2020 en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido. Condenó en costas al demandante.

En la sentencia de primera instancia se indicó que estaba demostrada la existencia de diferentes contratos a término fijo, lo que es corroborado con la prueba documental aportada al expediente desde el 9 de mayo de 2007 prorrogados en diferentes oportunidades hasta el 8 de mayo de 2017

En cuanto a la convención colectiva manifestó que se aportaron las pruebas de la afiliación del trabajador a SINTRAVIP (fl. 9 y 10) y el depósito de la convención ante el Ministerio de trabajo, consideró que el fuero pretendido en cabeza del demandante no va más allá de la calidad de afiliado conforme al artículo 14 de la convención colectiva, toda vez que esta cláusula está limitada a la estabilidad de la empresa relacionada con la oferta de contrato y generación de empleo, pero que ello no era posible debido a la pérdida de contratos cerca de la fecha de vencimiento del contrato del actor, razón por la que comunicó la no renovación. Que el fuero no era absoluto sino limitado a la condición de la empresa y no se dio un trato desigual a los trabajadores. Sin embargo, señaló que conforme a los folios 245 a 241 el actor también hace parte de otra organización sindical ya que era fiscal de la Junta directiva de SINTRA-HONOR pero no existe prueba del tiempo en que estuvo desempeñando dicho cargo para contabilizar el fuero correspondiente. Que la convención no estableció una estabilidad permanente sino que dependía de las condiciones de la empresa.

En relación con el despido sin justa causa, consideró demostrado que la demandada no prorrogó el contrato de trabajo a término fijo suscrito con el actor y como este vencía el 9 de mayo de 2017, la terminación del contrato por vencimiento del plazo pactado era una justa causa para darlo por terminado pues el preaviso se dio con más de 1 mes de anticipación y se pagó de manera completa la liquidación correspondiente. Por lo anterior, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido.

Apelación

Parte demandante.- La apoderada judicial de la parte demandante interpuso el recurso de apelación para lo que manifestó que se demostró que la empresa violó los derecho del trabajador a la terminación del contrato pues se encontraba vigente la convención colectiva y por ello el actor tiene derecho al reintegro en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del despido. Que el actor laboró más de 10 años en los que la empresa también pasó por momento difíciles conforme a

los testimonios y muchos contratos comerciales fueron terminados durante ese tiempo en que su representado conservó el vínculo laboral.

Que el 6 de marzo de 2017 se afilió a la organización sindical y el 28 de marzo de 2017 mediante preaviso le informó la terminación de su contrato lo que genera la duda en que la empresa terminó el contrato por cuanto se afilió a la organización sindical. Que la empresa presentaba un desequilibrio económico porque más o menos 5 clientes dieron por terminados sus contratos comerciales, pero que efectuó contratos con otros clientes y por eso el actor podía ser reubicado y no que simplemente se le terminara el contrato por el plazo pactado.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se revoque el fallo dictado debido a que la demandada dio por terminado el contrato del actor pese a que este gozaba de fuero sindical y no probó haberlo hecho con una justa causa, por lo tanto, se evidenció una persecución al trabajador

Parte demandada: Pide se confirme la sentencia proferida ya que no tiene la empresa ninguna obligación respecto de las pretensiones de la demandada, e indicó que el trabajador no puede recibir beneficios de dos convenciones colectivas.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". En este caso es necesario establecer si es procedente el reintegro del actor con fundamento en la cláusula 14 de la convención colectiva suscrita entre la empresa y SINTRAVIP, que el único punto objeto de inconformidad.

Estabilidad laboral.- Al respecto se aportó como prueba la convención colectiva 2016-2019 suscrita entre HONOR SERVICIOS DE SEGURIDAD LTDA y el sindicato SINTRVIP, con la correspondiente constancia de depósito ante el Ministerio del Trabajo (fl. 11 a 24) y a folios 9 y 10 se encuentran las documentales que acreditan la solicitud de afiliación del actor a SINTRAVIP y la información de dicha afiliación a la empresa por parte del sindicato.

La cláusula 14 de la convención dispone lo siguiente:

"Estabilidad laboral. Durante la vigencia de la presente convención pactada por las partes, la empresa dará continuidad y estabilidad laboral en todos sus ámbitos a los trabajadores afiliados a SINTRVIP, siempre y cuando no se atente contra la estabilidad, el funcionamiento y la permanentica de la empresa."

Del contenido de la cláusula mencionada concluye la Sala que la norma en cita no hizo exclusión a los casos en que se trate de una justa causa o de una causa legal, pues entender lo contrario, es decir, que ningún contrato podría ser terminados, iría contra derecho, ya que no permitiría a la empresa despedir a trabajadores aun existiendo una justa causa o una causa legal para ello. En razón a lo anterior, al existir en este caso una causa legal para la terminación del contrato como lo era el vencimiento del plazo pactado, tenía la empresa la opción de no prorrogarlo, como en efecto lo hizo con el previo y oportuno aviso.

Por otra parte, se observa a folio 245 a 261 que SINTRA-HONOR solicita permisos para reunión de la Junta Directiva a los directivos de la organización, entre los cuales se encuentra el actor y a folio 262 se observa la modificación de la Junta Directiva de SINTRA-HONOR del 21 de junio de 2016 en la cual se incluye al demandante en calidad de Fiscal. A folios 263 obra solicitud suscrita por el actor de fecha 29 de marzo de 2017 como miembro activo de la organización SINTRA-HONOR mediante la cual solicita acceder a auxilio educativo conforme al artículo 26 del Capítulo V de la convención suscrita con la empresa.

De lo anterior, se concluye que el actor se encontraba afiliado a dos organizaciones sindicales SINTRA VIP Y SINTRA-HONOR y que se beneficiaba de la convención suscrita con esta última, pues solicitaba auxilios educativos conforme a se observa a folio 263; sin embargo, dicha convención no fue aportada al proceso para establecer si allí existía una cláusula en tal sentido. Respecto de la aplicación de la convención cuando en la empresa coexistan varias convenciones, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 8693 del 26 de febrero de 2014, indicó lo siguiente:

"Ahora, bien cuando en una empresa coexistan varias convenciones colectiva de trabajo, los trabajadores solo pueden beneficiarse de una de ellas, la que más convenga a sus intereses, sin que se pueda perder de vista que frente a la suscripción de diversas convenciones por parte, no solo de sindicatos mayoritarios sino de cualquier organización sindical, cada afiliado en principio será beneficiario de la convención que suscriba el sindicato al cual pertenezca, tal como quedó fijado en la sentencia de anulación con radicación 33988 del 29 de julio de 2008, con lo cual también se descarta la preocupación del recurrente

frente a la posibilidad de que los trabajadores promotores del presente conflicto puedan resultar beneficiosos de más de una convención colectiva de trabajo."

Más adelante indicó la misma sentencia lo siguiente:

"No es aceptable proponer ante una pluralidad de convenciones colectivas de trabajo que legalmente coexisten por virtud de fenómenos jurídicos como la fusión de sociedades, que se extraigan de cada una de las mismas las disposiciones que más convengan a un trabajador, por desconocer tal proceder las circunstancias que rodearon la particularidad de cada negociación colectiva y las razones de orden económico y de política empresarial que las generaron. "

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia C-495 de 2015 expresó:

"6.3.4.5. El hecho de que se puedan suscribir diversas convenciones colectivas no sólo parte de los sindicatos mayoritarios sino también por los minoritarios, dio lugar a entender –al tenor de lo previsto en el artículo 470 del CST– que cada uno de sus afiliados es beneficiario –en principio– de la convención que se suscriba por la organización a la cual pertenece, con miras a evitar que los trabajadores puedan recibir duplicidad o multiplicidad de beneficios. Así lo admitió la Corte Suprema de Justicia en la citada sentencia 33.988 y lo ha reiterado en fallos subsiguientes, al señalar que:

"[C]uando en una misma empresa coexistan varias convenciones colectivas de trabajo, los trabajadores sólo pueden beneficiarse de una de ellas, la que más convenga a sus intereses, sin que se pueda perder de vista que frente a la suscripción de diversas convenciones por parte no sólo de los sindicatos minoritarios sino de cualquier organización sindical, cada afiliado en principio será beneficiario de la convención que suscriba el sindicato al cual pertenezca".

Así las cosas, como se observa en el caso en estudio el trabajador se encontraba previamente afiliado a la organización sindical SINTRA-HONOR, por lo menos desde el 21 de junio de 2016, ya que conforme al Registro de Modificación de su Junta Directiva el actor tenía la calidad de fiscal para ese momento y conforme a los documentos que obran a folios 245 a 261 hacía uso de los permisos sindicales por intermedio de dicha organización y solicitó auxilios educativos con fundamento en la convención suscrita con SINTRA-HONOR, se concluye que venía beneficiándose de la convención colectiva suscrita entre la empresa y SINTRA-HONOR por lo que debió acreditar en el proceso que había renunciado a ser beneficiario de esta convención y que se acogía a los beneficios de la convención suscrita con SINTRAVIP, pues no podía beneficiarse de dos convenciones colectivas diferentes tal y como lo indicó la jurisprudencia citada.

Adicionalmente, esta situación desvirtúa la manifestación de la recurrente en cuanto a que fue despedido por haberse afiliado poco antes a la organización SINTRAVIP, pues es claro que el actor se entraba sindicalizado tiempo atrás con SINTRA-HONOR.

De conformidad con lo expuesto, se **confirma** la sentencia impugnada.

Costas. — Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

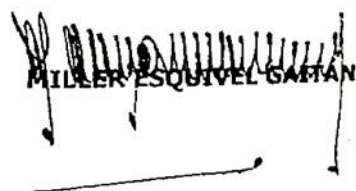
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SALUD TOTAL EPS-S S.A contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, CONSORCIO SAYP 2011 integrado por las sociedades FIDUCOLDEX S.A. y FIDUPREVISORA S.A., a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA integrada por las sociedades GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S.- GRUPO ASD S.A.S., SERVIS OUTSORCING INFORMATIVO S.A.S.- SERVIS S.A.S., y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (HOY ADRES) y a la DIRECCIÓN DE REGULACIÓN DE BENEFICIOS COSTOS Y TARIFAS DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Rad. 2014- 00358- 03. Juz. 32.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

SALUD TOTAL EPS-S S.A demandó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE LA SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, CONSORCIO SAYP 2011 integrado por las sociedades FIDUCOLDEX S.A. y FIDUPREVISORA S.A., a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA integrada por las sociedades GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S.- GRUPO ASD S.A.S., SERVIS OUTSORCING INFORMATIVO S.A.S.- SERVIS S.A.S., y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. y a la DIRECCIÓN DE REGULACIÓN DE BENEFICIOS COSTOS Y TARIFAS DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 260 a 261 vuelto:

DECLARATIVAS:

- Se declare que SALUD TOTAL EPS-S S.A. prestó 682 servicios NO POS denominados “Terapias ABA” a sus usuarios en cumplimiento de fallos de tutela.
- Se declare que financió y canceló con sus propios recursos los servicios objeto de la demanda

- Se declare que las demandadas no reembolsaron los valores asumidos por la EPS con ocasión de la prestación de los servicios suministrados que ascienden a la suma de \$2.731.106.110
- Se declare que SALUD TOTAL EPS-S S.A. incurrió en los gastos administrativos correspondientes para adelantar la solicitud de reclamación de pago de los recobros en vía judicial y que corresponden al 10% del valor de los recobros NO POS.
- Se declare que las demandadas son solidariamente responsables con ocasión a los gastos en que incurre SALUD TOTAL EPS-S S.A. por concepto de esta demanda.

CONDENATORIAS:

- Se condene a las demandadas de manera solidaria al pago de las 682 facturas por "Terapias ABA" que prestó y financió la EPS SALUD TOTAL-S S.A. en cumplimiento de fallos de tutela, las que ascienden a la suma de \$2.731.106.100
- Se condene a las demandadas de manera solidaria al pago del 10% de los gastos administrativos sufragados por la EPS para adelantar la solicitud de reclamación de pago de los recobros en vía judicial y que corresponden a la suma de \$273.110.611
- Intereses moratorios de conformidad con el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002
- Indexación
- Facultades ultra y extra petita
- Costas y agencias en derecho

En escrito del 4 de septiembre de 2019 (fl. 1130) SALUD TOTAL EPS-S S.A. presentó desistimiento de la factura 25434124 por valor de \$600.000 equivalente al recobro parcialmente aprobado por la ADRES.

Los hechos y pretensiones de la demanda se describen a fls. 261 a 264 vuelto. Manifiesta que SALUD TOTAL EPS S.A. en cumplimiento de órdenes judiciales plasmadas en fallos de tutela se vio en la obligación de prestar servicios NO POS denominados "Terapias ABA" y que para el pago correspondiente por parte del Estado se radicaron las cuentas ante los administradores fiduciarios con los debidos soportes que acreditan la efectiva prestación y suministro de los servicios NO POS, 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. Informa que para el pago por parte del FOSYGA fueron presentados los recobros pero las accionadas se negaron a cancelar a la demandante su cobertura económica, para lo que aducen que estos servicios se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de

Salud, pese a que las “Terapias ABA” nunca fueron costeados con las Unidad de Pago por Capitación del POS, por lo que se ha visto imposibilitada de recobrar los valores en que incurrió para cumplir con los fallos de tutela, con lo que se le ocasionó un daño antijurídico lo cual debe ser asumido por el Estado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron la demanda en los siguientes términos:

LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (fls. 800 a 819)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda ya que los servicios no superaron el trámite de auditoria integral y fueron glosados por haber sido presentados de forma extemporánea y no corresponder a lo ordenado en el fallo de tutela; no corresponden a lo facturado y la información en físico del recobro no corresponde a la magnética, o los valores ya fueron pagados por el Fosyga.
- Formuló como excepción previa la de prescripción, y como excepciones de mérito las de culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación, improcedencia del pago de intereses moratorios.

CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes ASSEDA S.A.S.) presentó llamamiento en garantía a la ASEGURADORA ALLIANZ SEGUROS S.A. (fl. 584 a 588)

Y contestó la demanda como se observa a folios 600 a 654:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda por cuanto la EPS presentó prestaciones, medicamentos, procedimientos o tecnología en salud incluidas en el POS o sin el lleno de los requisitos exigidos por la normatividad.
- Propuso como excepciones de fondo las de pago por el FOSYGA de algunos de los valores reclamados a través de la unidad de pago por capitación, cumplimiento estricto de las obligaciones de orden legal y contractual, inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, no configuración del daño antijurídico fundamentando en el título de imputación de daño especial, inexistencia de culpa en cabeza de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, inexistencia del rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas, inexistencia de desequilibrio económico de la relación Estado-EPS, culpa exclusiva de la EPS demandante, inexistencia de enriquecimiento sin justa causa, improcedencia

de reconocimiento de intereses de mora u otras sanciona pecuniarias, prescripción del derecho, excepción genérica de pago a través de mecanismos ordinarios excepcionales.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA y FIDUCOLDEX como administradora de los recursos del FOSYGA Y EL CONSORCIO SAYP 2011 contestó la demanda en la forma que obra a folios 690 a 735.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que el CONSORCIO SAYP 2011 no es el competente ni legal ni contractualmente conforme al contrato de fiducia suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social.
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda ya que el CONSORCIO SAYP 2011 únicamente es encargado de realizar el pago de los recobros previa ordenación del Ministerio una vez agotado el trámite dispuesto en la ley, entre ellos la auditoría realizada por la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014.
- Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva del Consorcio SAYP 2011, inexistencia de la obligación indemnizatoria, ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del Estado, inexistencia de responsabilidad solidaria del Consorcio SAYP 2011 respecto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal FOSYGA 2011, imposibilidad jurídica, inexistencia del daño antijurídico, prescripción e innominada.

ALLIANZ SEGUROS S.A.- (fls. 898 a 913)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía
- Manifestó que no le constan los hechos de la demanda y aceptó respecto del llamamiento en garantía la suscripción de la póliza de responsabilidad, su vigencia y cobertura.
- Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción judicial esgrimida por la EPS demandante, inexistencia de responsabilidad y de solidaridad alguna a cargo de la llamante en garantía Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S., las declarables de oficio. En cuanto al llamamiento en garantía propuso las excepciones de prescripción de la acción proveniente del contrato de seguro, delimitación contractual del riesgo, acto profesional incorrecto del asegurado, sujeción a las condiciones del contrato de seguro y las declarables de oficio.

En la audiencia del 19 de noviembre de 2020 se aceptó el desistimiento parcial frente a CARVAJAL TECNOLOGÍA SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS GRUPO ASD S.A.S., SERVICE OUTSORCING INFORMATICA SERVICES S.A.S. y la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró probada la parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación y no probadas las demás excepciones propuestas por la ADRES y condenó a la demandada ADRES a reconocer y pagar a favor de SLUD TOTAL EPS-S.A. al pago de la suma de \$2.669.853.110 resultado de la cobertura de suministro efectivo de las terapias ABA y demás servicios, insumos y procedimientos no incluidos en el plan obligatorio de salud. Condenó a la ADRES al pago de los intereses moratorios sobre los recobros relacionados en el anexo No. 3 (fl. 1176 a 1187) de la decisión desde la fecha de presentación de cada uno de los recobros hasta su pago efectivo y absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas a la ADRES. Llegó a esa determinación al advertir que los servicios prestados por la entidad demandante fueron en cumplimiento a fallos de tutela a favor de distintos afiliados de la EPS para prestar "Terapias ABA" que son de tipo conductual y al no estar incluidas en el POS procedía su recobro. De igual manera señaló que teniendo en cuenta el término de prescripción en material laboral y que los recobros solicitados fueron solicitados por vía judicial y no administrativa, se evidenciaba que no se encuentran prescritos; también indicó que según el material probatorio obrante en el proceso se encuentran acreditados los demás recobros pretendidos. En cuanto a los gastos de administración consideró que no son procedentes al no estar establecidos en ninguna norma además de no encontrarlos probados en el proceso. En lo concerniente a los intereses moratorios manifestó que al haber realizado la demandada glosas infundadas y no realizar el pago de los recobros, procede su pago con relación a los recobros condenados excepto a los que contienen la glosa de extemporaneidad.

Recurso de apelación

Parte demandante.- Solicita sea revocada de manera parcial la decisión en lo relativo a los recobros que no fueron concedidos y sus respectivos intereses moratorios, para lo que señala que la causa para que no fueran otorgados en la sentencia objetada fue porque el fallo de tutela adjuntado en los soportes probatorios del proceso no corresponde con los recobros, sin embargo, en los CDs y bases de datos aportados se puede evidenciar el fallo que dio lugar a los recobros solicitados y negados, además que a pesar de las inconsistencias administrativas presentadas por parte de la entidad se subsanaron a tiempo por ello se le deberían pagar a la accionante la suma de 61.000.000 pues no se trata de un error de fondo o judicial sino administrativo y es un valor que no debe ser asumido con el patrimonio

propio de Salud Total EPS-S S.A. Igualmente, manifestó que la extemporaneidad solo versa sobre los intereses moratorios pedidos en vía administrativa, pero al ser esta oportunidad por vía judicial deben ser pagados los valores respectivos que no han sido cancelados independientemente de no haber sido solicitados anteriormente por vía administrativa dentro del año correspondiente, es decir, se debe condenar a los intereses moratorios también de las cifras no condenadas en la sentencia apelada.

La parte demandada ADRES Objeta en forma parcial la sentencia proferida para lo que aduce que los fallos de tutela consagran servicios de manera general y las terapias ABA se protegen diferentes aspectos de las personas en procedimientos de salud y educación, siendo los gastos relacionados a la salud lo único que cubre el POS y no los de educación. Además, dijo que según las pruebas allegadas al proceso se evidencia que Salud Total no cumplió con los requerimientos y normatividad referente a las glosas o la tipología de glosa en el momento oportuno, teniendo así un término para pronunciarse o si lo consideraba aportara los soportes documentales y de factura como correspondía, cosa que no se hizo. También manifestó que en lo que tiene que ver a la prestación del servicio de los años 2012 a 2014 según la normatividad aplicable se ve que esos servicios están cubiertos por el POS, por lo tanto, fueron pagados por el FOSYGA UPC a la EPS actora y condenar por estos periodos daría lugar a un doble pago con recursos del estado. Así mismo, expuso que se presenta una culpa exclusiva de la entidad demandante ya que esta debía actualizar las bases de datos, y al no hacerlo se generó una glosa impuesta por el incumplimiento. Por otra parte, señaló también que esta acción ya se encuentra prescrita debido a que el termino de 3 años con que cuentan las acciones derivadas de leyes sociales y en este proceso los servicios reclamados tuvieron lugar desde el 2012 y la demanda fue admitida el 8 de julio de 2016, es decir que en su gran mayoría se encuentran prescritos, que los recobros no solamente adolecen de glosa de extemporaneidad sino que incumplimiento de los requisitos legales para su presentación y aprobación por lo que no existe negligencia de la demandada. Manifestó respecto a los intereses moratorios que por tratarse estos de circunstancias no previstas por el legislador, las prestaciones en salud no incluidas en el plan de beneficio, no hay lugar al reconocimiento de estos intereses al no estar incluidos de forma taxativa en una norma la aplicación de términos para el pago de recobros y no se puede proferir una condena que la ley no autoriza, más cuando versan sobre recursos públicos. Afirmó que las disposiciones sancionatorias son de interpretación restrictiva y no permiten una aplicación analógica por lo que no resultaría viable la aplicación de intereses a cargo del FOSYGA teniendo en cuenta que estos servicios están incluidos en el POS.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: No hizo pronunciamiento en esta etapa procesal

Parte demandada: Sin manifestación alguna

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*.

Reembolso de servicios NO POS.- Para resolver los recursos de apelación de ambas partes y la revisión en consulta del presente asunto, es necesario traer a colación la Ley 715 de 2001 y la Ley 100 de 1993 consagraron que el reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de la EPS estaban a cargo del hoy extinto Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), no obstante, con la creación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, conforme lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, esta es la Entidad responsable del adecuado flujo y control de los recursos del SGSSS, por lo que asumió el pago de los recobros bajo los parámetros establecidos en la Resoluciones Nos. 3099 de 2008 y 5395 de 2013, que regulan los procedimientos, tiempos y requisitos para el trámite de recobros por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, los POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.

De acuerdo con lo dispuesto en las citadas resoluciones, es procedente el recobro de los medicamentos no incluidos en el POS, en dos eventos:

- Cuando se trata de un procedimiento practicado en virtud de una orden judicial en un fallo de tutela y
- Cuando el procedimiento requerido por el paciente ha sido autorizado por el Comité Técnico Científico – CTC.

Las Resoluciones 3099 de 2008 y 5395 de 2013 establecen los requisitos para la presentación de las solicitudes de recobro y los artículos 9 y 12, respectivamente,

establecen que para el pago de recobros y las solicitudes de recobro ante el FOSYGA por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico Científico o por fallos de tutela, deberán diligenciarse en el formato denominado "formulario radicación de solicitudes de recobros" y su anexo "relación de solicitudes de recobro" y a cada solicitud se debe anexar la copia del acta del Comité Técnico Científico – CTC o la copia del fallo de tutela, así como la copia de la factura de venta o documento equivalente.

Por su parte los artículos 14 y 15 de la Resolución 5395 de 2013 y en los 10 y 11 de la Resolución 3099 de 2008 determinan los requisitos específicos para los recobros por servicios no incluidos en el POS pero autorizados por el Comité Técnico Científico o autorizados por un fallo de tutela, casos en los cuales se debe allegar, cuando se trate de CTC, formato de "solicitud de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos o prestaciones de salud no pos-ctc", numerada consecutivamente por cada paciente, fecha de elaboración y número del acta, datos de identificación del afiliado o paciente, diagnóstico, descripción y código, entre otros; y cuando se trate de fallo de tutela, la copia del fallo de tutela, copia simple de la factura de venta o documento equivalente, instrumento que evidencie la entrega del medicamento, servicio médico o prestación de salud.

La parte demandante presentó recurso en relación con los recobros que no fueron concedidos y sus respectivos intereses moratorios, para lo que argumenta que los fallos de tutela se encuentran en los CDS y bases de datos aportados y que las inconsistencias administrativas presentadas por parte de la entidad se subsanaron a tiempo, por lo que se debería cancelar la suma de \$61.000.000.

Pago de facturas con fallo de tutela anexo.- En consonancia con lo anterior se procede a revisar la documental aportada y que obra en el CD (imágenes de recobros) a fin de establecer si respecto a las facturas que obran en el anexo 1 de la sentencia (fl. 1173) si se aportó el fallo de tutela que ordenaba la prestación de los servicios.

No corresponden al fallo de tutela las facturas que a continuación se relacionan y por lo tanto no son de recibo los argumentos del recurso de apelación ya que en el efecto los nombres de los afiliados a quienes se prestó el servicio no corresponden a los que figuran en los fallos de tutela, teniendo en cuenta que no se trata de inconsistencias administrativas sino que a la parte actora le correspondía probar que el servicio fue ordenado mediante fallo de tutela, por lo que no reúnen los requisitos para ser objeto de recobro las siguientes:

- Factura 25451834 por la suma de \$4.200.000. El fallo de tutela allegado corresponde a Sharmelle M. Vides Rodríguez y la factura a Juan Esteban Davidson Bautista.
- Factura 25460198 por valor de \$3,325.000. Corresponde a Daniela Esther Sánchez y el fallo de tutela aportado a María D. Bohórquez Martínez.
- Factura 25425597 por la suma de \$3.872.000. Corresponde a Samuel Robles Suárez y el fallo de tutela aportado a Alejandra Martínez Salazar
- Factura 25425783 por la suma de \$5.320.000. Corresponde a Diego A. Ariza y el fallo de tutela allegado a Yeison Yesid Herrera Carrillo.
- Factura 25425777 por valor de \$4.800.000. Corresponde a Jesús David Gambin De la Hoz y la tutela aportada a Adriana Margarita Medina Vela.

Tampoco procede el argumento mencionado por cuanto no se allegó el fallo de tutela respectivo en relación con las siguientes facturas:

- Factura 24819765 por la suma de \$6.120.000. No se aportó el fallo de tutela.
- Factura 25425912 por valor de \$4.896.000. No se aportó el fallo de tutela.

Y prospera el recurso de apelación por cuanto efectivamente fueron aportados en el CD allegado con la demanda la totalidad de los documentos incluido el fallo de tutela que ordenó la prestación de los servicios y se corresponden las facturas con los fallos de tutela allegados, respecto de las siguientes facturas:

Factura	Fecha servicio	Fecha presentación	Valor factura	Usuario
24870182	16/01/2012	17/02/2012	6,120,000	JAVIER FELIPE OCHOA
24989676	30/04/2012	10/05/2012	3,344,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
25433453	30/11/2012	10/12/2012	3,520,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
25400276	26/09/2012	09/10/2012	3,520,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
25416509	24/10/2012	07/11/2012	3,872,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
24433990	31/10/2012	14/11/2012	5,304,000	JUAN SEBASTIAN PARRA LEDESMA
24860211	31/01/2012	08/02/2012	3,040,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
TOTAL			\$28,720,000	

En consecuencia, se modificarán los ordinales segundo y tercero de la sentencia recurrida en cuanto a condenar a la demandada al pago de las facturas mencionadas por encontrarse acreditados los requisitos para su cobro, junto con los intereses de mora por haberse presentado las facturas dentro de los 6 meses siguientes a la prestación del servicio desde la fecha de presentación de las facturas hasta el pago efectivo de las mismas.

Al revisar las facturas cuyo pago fue ordenado en la sentencia de primera instancia (anexo 3. Fls. 1176 a 1187) se observa que respecto de la factura 25434124 la parte

actora desistió parcialmente (fl. 1130) por cuanto la demandada aprobó parcialmente el recobro por la suma de \$600.000,00 por lo que al tener la factura un valor de \$4.100.000 el valor adeudado corresponde a la suma de \$3.500.000 y no a la incluida en la sentencia (anexo 3) de \$4.100.000,00, razón por la que restados los \$600.000, e incluida la suma de \$28.720.000 ya indicada, la suma total a cancelar es de \$2.408.478.650

Intereses de mora.- Igualmente, manifestó la parte actora que la extemporaneidad solo versa sobre los intereses moratorios pedidos en vía administrativa, pero al ser esta oportunidad cobrados por vía judicial deben ser pagados los valores respectivos que no han sido cancelados independientemente de no haber sido solicitados anteriormente por vía administrativa dentro del año correspondiente, es decir, que se debe condenar a los intereses moratorios también por las cifras no condenadas en la sentencia apelada, mientras la parte demandada considera que no procede dicha condena.

En este aspecto se tendrán en cuenta los argumentos de los recursos de apelación de ambas partes y la revisión en consulta, por lo que pasa a revisarse el CD (imágenes de recobro) observando que en efecto, no fueron presentadas dentro de los seis meses siguientes a la prestación de los servicios y por lo tanto no procede la condena al pago de intereses de mora respecto de las siguientes facturas:

CUADRO 2 (ANEXO 2)

No.	No. RECIBO	VALOR DE RECOBRO	USUARIO
1	25428486	3,100,800	SAENZ ALVARADO FAVIAN RICARDO
2	25428452	5,657,600	OCHOA GIRALDO JAVIER FELIPE
3	25428454	4,800,000	GAMBIN DE LA HOZ JESUS DAVID
4	25428455	4,800,000	GAMBIN DE LA HOZ JESUS DAVID
5	25428458	5,004,800	VALDEZ ROLDAN LUIS ANGEL
6	25434397	3,100,800	SAENZ ALVARADO FAVIAN RICARDO
7	25434398	3,073,600	MANJARREZ PUCHE GUILLERMO ANDRES
8	25434399	3,040,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
9	25434009	4,910,400	CUDRIS RODRIGUEZ JUAN KAMILO
10	25434010	5,985,000	URDINOLA PEREZ HERNAN \0
11	25434011	5,985,000	URDINOLA PEREZ HERNAN \0
12	25434008	9,775,500	RODRIGUEZ ESCOBAR CHRISTOPHER \0
13	25434007	4,910,400	CUDRIS RODRIGUEZ JUAN KAMILO
14	25434005	5,985,000	SERRANO PADILLA DENILSON \0
15	25434001	4,910,400	BARRAZA QUINTERO RASHEL CAROLINA
16	25434000	5,985,000	SERRANO PADILLA DENILSON \0
17	25433998	4,814,400	ARAUJO HERNANDEZ JUAN ANDRES

18	25433997	4,868,800	DE AVILA PATERNINA CALOS \0
19	25434412	3,990,000	DUARTE PALMERA WENDY NATALIA
20	25434413	3,990,000	SALCEDO VALLEJO MARIA AUXILIADORA
21	25434415	3,990,000	ORTIZ GUERRA ROBERTO JOSE
22	25434416	3,990,000	ORTIZ GUERRA ROBERTO JOSE
23	25434418	3,990,000	FRANCO MUNERA SHADIA CAROLINA
24	25434419	3,990,000	FRANCO MUNERA SHEYLA ALEJANDRA
25	25434433	3,182,400	JANSEL RAUL CAICEDO BOTERO
26	25434437	3,990,000	MAJARRES LEAL HANS PETER
27	25434438	3,990,000	FRANCO MUNERA SHADIA CAROLINA
28	25434440	3,990,000	OSPINO SIERRA SAMULE DE JESUS
29	25452649	836,000	SANTIAGO DAVID REBOLLEDO HERRE
30	25452256	3,325,000	MELLENDEZ ANTEQUERA YOVANI ENRIQUE
31	25434194	4,000,000	PLATA TRIANA JUAN ESTEBAN
32	25434195	4,000,000	PLATA TRIANA JUAN ESTEBAN
33	25434197	5,750,010	CANTOR WILCHES GILBERTO
34	25434196	5,749,940	CANTOR WILCHES GILBERTO
35	25434193	4,080,000	DURAN SAENZ RAMIRO JOSE
36	25434191	4,200,000	GONZALO VEGA JACOB EDUARDO
37	25434401	2,910,400	JANSEL RAUL CAICEDO BOTERO
38	25434400	2,937,600	SANCHEZ BECHARA JULIO ELIEZER
39	25434198	5,750,010	CANTOR WILCHES GILBERTO
40	25434424	3,800,000	SEBASTIAN ENRIQUE GONZALEZ BAR
41	25440786	1,520,000	REYES ALSINA ALEXANDRA \0
42	25440761	1,672,000	VARGAS BANQUEZ BREINER
43	24725955	2,360,000	ANA SOFIA ARTEAGA TORRES
44	25453048	1,824,000	FUENTES SAENZ JUAN PABLO
45	25453049	1,824,000	FUENTES SAENZ JUAN PABLO
46	25453053	1,824,000	CARBALLO RUSSELL VALERIA MARCELA
47	25440705	2,660,000	HERRERA CARRILLO YEISSON YESID
48	25440685	2,660,000	CASTELLANOS MORE MIGUEL ANGEL
49	25440686	2,660,000	ACEVEDO ZAPATA JENNIFER PAOLA
50	25440687	2,611,200	SANCHEZ BECHARA JULIO ELIEZER
51	25440689	2,660,000	DIXON GONZALEZ BILL JR
52	25432932	4,787,200	PARRA LEDESMA JUAN SEBASTIAN
53	25432921	4,787,200	ARAUJO HERNANDEZ JUAN ANDRES
54	25432920	4,800,000	GEORGINA POLO GUTIERREZ
55	25432919	4,800,000	GEORGINA POLO GUTIERREZ
56	25432922	4,787,200	SEBASTIAN ENRIQUE GONZALEZ BAR
57	25432915	4,800,000	RAFAEL GUTIERREZ BERMUDEZ
58	25432916	4,800,000	RAFAEL GUTIERREZ BERMUDEZ
59	25440681	2,660,000	DIXON GONZALEZ BILL JR
60	25440680	2,660,000	DIXON GONZALEZ BILL JR
61	25440679	2,660,000	DIXON GONZALEZ BILL JR
62	25432940	4,800,000	RAFAEL GUTIERREZ BERMUDEZ
63	25432918	4,800,000	GAMBIN DE LA HOZ JESUS DAVID
64	25432928	4,752,000	CUDRIS RODRIGUEZ JUAN KAMILO
65	25432929	4,752,000	CUDRIS RODRIGUEZ JUAN KAMILO

66	25432931	4,787,200	PARRA LEDESMA JUAN SEBASTIAN
67	25432917	4,800,000	GAMBIN DE LA HOZ JESUS DAVID
68	25441884	4,800,000	ALGARIN SIMANCA JAIDER ANDRES
69	25432930	4,787,200	MALDONADO CANCHANO ANDRES FELIPE
70	25451841	4,270,400	DURAN SAENZ RAMIRO JOSE
71	25451843	3,990,000	ORTIZ GUERRA ROBERTO JOSE
TOTAL		289,494,460	

En cuanto a las facturas que sí fueron presentadas oportunamente es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, que señala:

"Artículo 7º.Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias."

En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

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." (Resaltado por la Sala)

Por otra parte, para la presentación de los recobros el artículo 13 ibídem, modificado por el artículo 111 del Decreto 19 de 2012, señaló lo siguiente:

"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."

De las normas transcritas se concluye que procede el pago de intereses moratorios cuando las glosas son infundadas, siempre y cuando el cobro se haya presentado

dentro de los 6 meses siguientes a la prestación del servicio o la ocurrencia del hecho generador, y bajo dicha precisión. Sin embargo, verificada la base de datos contenida en el CD Imágenes Recobros, se encuentra que en efecto los recobros respecto de los cuales la sentencia de primera instancia no impuso condena por concepto de intereses de mora fueron radicados cuando ya se había superado el termino de 6 meses señalado por el citado Decreto 1281 de 2002.

Así las cosas, no prospera el recurso interpuesto al respecto ya que por disposición expresa de la norma no hay lugar al reconocimiento de intereses de mora en este caso, máxime cuando en la demanda se solicita el pago de dichos intereses con fundamento en el mencionado Decreto.

No obstante, como anteriormente se indicó que las facturas cuyo pago se dispone en esta oportunidad se presentaron oportunamente, se debe modificar el ordinal tercero de la sentencia recurrida para indicar que al anexo 3º se adiciona el pago de los intereses de mora sobre las siguientes facturas:

Factura	Fecha servicio	Fecha presentación	Valor factura	Usuario
24870182	16/01/2012	17/02/2012	6,120,000	JAVIER FELIPE OCHOA
24989676	30/04/2012	10/05/2012	3,344,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
25433453	30/11/2012	10/12/2012	3,520,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
25400276	26/09/2012	09/10/2012	3,520,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
25416509	24/10/2012	07/11/2012	3,872,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
24433990	31/10/2012	14/11/2012	5,304,000	JUAN SEBASTIAN PARRA LEDESMA
24860211	31/01/2012	08/02/2012	3,040,000	JUAN PABLO FUENTES SAENZ
TOTAL			\$28,720,000	

Parte demandada

La parte demandada impugna respecto de los recobros impuestos en la condena y que se encuentran relacionados en el anexo 3 (fl. 1176 a 1187) que por lo extenso no se transcriben, para lo que indica que los fallos de tutela consagran servicios de manera general y las terapias ABA protegen diferentes aspectos de las personas en procedimientos de salud y educación, siendo los gastos relacionados a la salud lo único que cubre el POS y no la educación.

Sobre el particular debe decirse que las llamadas terapias ABA son un conjunto de actividades tendientes a revertir el aislamiento incapacitante y lograr la sanación de pacientes con una alteración del comportamiento, especialmente infantil, que se caracteriza por un aislamiento comunicativo y emocional. La ley estatutaria de salud (Ley 1751 del 16 de febrero de 2015) estableció en su artículo 5º que le corresponde

al Estado formular y acoger políticas que promuevan la salud, así como la prevención y atención de las enfermedades y la rehabilitación de los pacientes a través de acciones colectivas e individuales y realizar el seguimiento continuo de las condiciones de salud de la población. Por su parte el artículo 8° de la mencionada ley dispone que los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad.

Adicionalmente se encuentra establecido que la salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social y en términos del bloque de constitucionalidad, el derecho a la salud comprende el derecho al nivel más alto de salud posible, el cual, incluye también lo social y no se limita solo al plano físico y mental, razón por la cual las terapias ABA que comprenden una educación especial y habilidades conductuales así como animal terapia, acuaterapia, musicoterapia y ocupacional, son tratamientos que procuran la salud integral del niño autista para que pueda integrarse a la sociedad, facilitando su comunicación y por consiguiente un mejoramiento en su estado de salud, razón por la que son parte del sistema de salud y son susceptibles de recobro.

Ahora, con arreglo a los acuerdos 08 de 2009 y 29 de 2011, las terapias ABA no son parte del plan obligatorio de salud – Pos.

En cuanto a que Salud Total EPS no cumplió con los requerimientos y normatividad referente a las glosas o la tipología de glosa en el momento oportuno, teniendo así un término para pronunciarse o aportar los soportes, ello no prospera respecto de las facturas a cuyo recobro fue condenada puesto en el curso del proceso ordinario fue acreditado el cumplimiento de los requisitos para su recobro por esta vía.

En lo relacionado con la culpa de la entidad demandante ya que conforme al recurso debía actualizar las bases de datos y al no hacerlo se generó una glosa impuesta por su incumplimiento, ello prospera respecto de los intereses de mora, como en efecto lo dispuso el A-quo, puesto que al no haber presentado las facturas dentro del plazo establecido en la ley no se impuso condena al pago de intereses, pero no puede proceder respecto al pago de los servicios prestados ya que para el cobro a través del trámite del proceso ordinario no requería actualizar la base de datos.

En cuanto a la prescripción, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en la resolución 003099 de 2008 que en sus artículos 12, 14 y 20 señalo:

“Término para presentar las solicitudes de recobro. Las entidades administradoras de planes de beneficios deberán tramitar y presentar en debida forma las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos y fallos de tutela, de

conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002, dentro de los seis (6) meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

Para efectos de los recobros por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS autorizados por el Comité Técnico-Científico y fallos de tutela, se tendrá en cuenta la fecha del suministro efectivo del medicamento, servicio médico o prestación de salud o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor o la fecha del fallo de tutela para el caso de recobros ordenados por decisiones judiciales.

En aquellos eventos que autoricen u ordenen prestaciones sucesivas, el plazo previsto en el Decreto-ley 1281 de 2002 se contará a partir del momento en que se suministre el medicamento, servicio médico o prestación de salud, según sea el caso, o la fecha de radicación de la factura ante la entidad administradora de planes de beneficios por parte del proveedor.

Artículo 14. Término para radicar las solicitudes de recobro. Las entidades administradoras de planes de beneficios, deberán presentar las solicitudes de recobro dentro de los quince (15) primeros días calendario de cada mes.

Aquellos recobros que, transcurrido el término de los quince (15) días calendario de radicación ante el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, se les vence el término de los seis (6) meses señalados en la presente resolución, se entenderán presentados oportunamente, siempre y cuando, su radicación se efectúe dentro de los primeros quince (15) días calendario del siguiente mes.

Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes. El resultado de la auditoría integral aplicada a las solicitudes de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no POS autorizados por el Comité Técnico-Científico u ordenados por fallos de tutela debe comunicarse, por el Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto, al representante legal de la entidad indicando el estado que presenta el recobro, las causales aplicadas, así como aquellas por las cuales consideró pertinente reliquidar el valor recobrado. La comunicación deberá contener los siguientes requisitos formales y de fondo:

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014, radicada 25000-23-24-000-2007-00099-01, consideró sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción, lo siguiente:

“2). Naturaleza de las facturas de prestación de servicios de salud y su prescripción.

En relación con las facturas cambiarias, el código de Comercio señala:

Art. 772¹. Factura cambiaria de compraventa es un título-valor que el vendedor podrá librar y entregar o remitir al comprador.

No podrá librarse factura cambiaria que no corresponda a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador.

Art. 779². Se aplicarán a las facturas cambiarias en lo pertinente, las normas relativas

¹ Modificado por el art. 1, Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

² Modificado por la Ley 1231 de 2008, artículo 5º. Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

a la letra de cambio.

Art. 789.-La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento.

Esta Sección en reciente providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, celebrado entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras de Salud.

En efecto, en sentencia de 30 de enero de 2014, (Expediente núm. 2007-00210-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ), al resolver un asunto con aspectos fácticos y jurídicos semejantes al que ahora nos ocupa, señaló:

“Al respecto, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 5° del Decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compraventa de servicios médicos entre las Entidades Promotoras y las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud, entre sí, deberá sujetarse a una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupen. De no ser adoptada, será establecida por el Ministerio de Salud y será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS, públicas o privadas.

El artículo 772 del Código de Comercio define la Factura como “...un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”.

De las normas transcritas, infiere la Sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios, denominados ‘Facturas’, a la EPS como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la Ley.

Estos títulos valores (facturas), para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en los artículos 621 y 774 del Código de Comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Así mismo, se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que: “las facturas de venta allegadas, cumplían en su totalidad de los requisitos exigidos por el Estatuto Tributario y fueron radicadas en la EPS...”.

La Sala observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existió una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud, que tenían el carácter de cambiarias de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de cambio.

Por tal motivo, la acción que surge en el presente evento no es la Ejecutiva, como lo señala la recurrente, sino la prevista en el artículo 780 del Estatuto Mercantil denominada Acción Cambiaria, que goza de un término de prescripción de tres años y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no obtiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas”.

*En consecuencia, considera la Sala que, **habiéndose emitido las facturas** en los meses de septiembre, octubre y noviembre del año 2001, y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el Agente Liquidador el 21 de febrero del año 2005 (folio 231 del cuaderno núm. 1), la Acción Cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria”.*

En este orden de ideas, reitera la Sala que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud, son títulos valores, que para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos de ley³ y que prescriben en tres años.»

³ Artículos 621 y 774 del Código de Comercio, y 617 del Estatuto Tributario.

En este orden de ideas el término para que opere el fenómeno de la prescripción es de tres años por ser el previsto para las facturas cambiadas, de manera que para el caso de los recobros reclamados en este proceso el término prescriptivo comienza a correr partir de la fecha de la radicación de las facturas teniendo en cuenta los servicios que dan origen a los recobros.

En el presente asunto es de tener en cuenta que la totalidad de los recobros corresponden a facturas presentadas entre el 5 de febrero de 2012 y el 23 de mayo de 2013 y dado que la demanda se presentó el 11 de diciembre de 2013 (fol. 205 cuaderno 1) el fenómeno prescriptivo en este caso, no afectó ninguno de los recobros a que fue condenada la demandada, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia en este punto.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se **modificará parcialmente la sentencia de primer grado en sus numerales segundo y tercero** para incluir en la condena el pago de los recobros excluidos en primera instancia, por la suma de \$28.720.000 junto con los intereses de mora, conforme las motivaciones precedentemente expuestas y deducir los \$600.000 relacionados con el desistimiento parcial de la factura 25434124.

Costas. –

Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2019, para incluir la suma de \$28.720.000 y deducir el valor de \$600.000 desistido, por lo que el valor total a pagar corresponde a la suma de \$2.408.478.650, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia recurrida en el sentido de indicar que al anexo No. 3 se deben adicionar los intereses de mora de las facturas correspondientes a la suma de \$28.720.000.

TERCERO.- COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como costas en derecho.

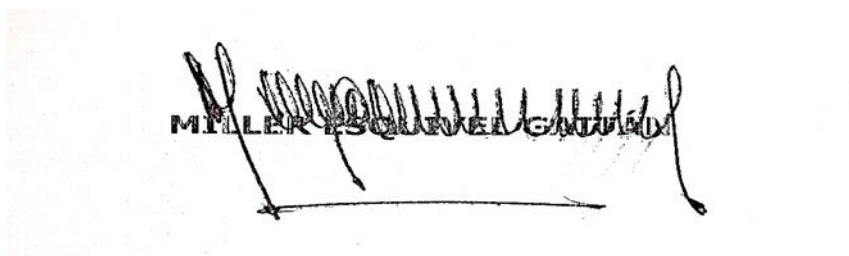
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ AMANDA LEÓN NAVAS Y CARINA HERNÁNDEZ OCAMPO CONTRA SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.- EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES Y HOSPITAL SUBA II NIVEL. Rad. 2016 – 00261 01. Juz. 09.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUZ AMANDA LEÓN NAVAS Y CARINA HERNÁNDEZ OCAMPO demandaron a SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.- EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES Y HOSPITAL SUBA II NIVEL, para que se profieran las siguientes declaraciones y condenas contenidas en la demanda, de la siguiente manera:

Respecto a **Luz Amanda León Navas** en los términos del escrito visibles a folios 372 y 374.

- Declaración de existencia de contrato de trabajo a término indefinido con Servicios y Asesorías S.A entre el 8 de marzo de 2010 al 23 de mayo de 2013.
- Declaración de existencia de responsabilidad solidaria entre las demandadas Hospital Suba II Nivel y Servicios y Asesorías S.A.
- Reliquidación de prestaciones sociales y pago de diferencias salariales a partir del 22 de febrero de 2011.

- Reconocimiento y pago de vacaciones y primas adeudadas desde el 22 de febrero de 2011.
- Reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa.
- Reconocimiento y pago de la sanción moratoria.
- Pago de cesantías.
- Reconocimiento y pago de la sanción por no consignación del auxilio de las cesantías desde el 22 de febrero de 2011.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Frente a **Carina Hernández Ocampo** en los términos del escrito visible a fls. 373 y 375.

- Declaración de existencia de contrato de trabajo a término indefinido con Servicios y Asesorías S.A entre el 16 de marzo de 2009 al 23 de mayo de 2013.
- Declaración de existencia de responsabilidad solidaria entre las demandadas Hospital Suba II Nivel y Servicios y Asesorías S.A.
- Reliquidación de prestaciones sociales y pago de diferencias salariales desde el 16 de diciembre de 2009.
- Reconocimiento y pago de indemnización por despido sin justa causa.
- Reconocimiento y pago de la sanción moratoria.
- Pago de cesantías dejadas de cancelar desde el 16 de diciembre de 2009.
- Reconocimiento y pago de la sanción por no consignación del auxilio de las cesantías desde el 16 de diciembre de 2009.
- Pago de aportes a seguridad social integral.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 376 a 382. La señora **Luz Amanda León Navas** suscribió contrato por duración de la obra o labor determinada el 8 de marzo de 2010, con iniciación de labores de igual fecha y finalización el 4 de febrero de 2011. El contrato celebrado fue como trabajadora en misión para la demandada E.S.E. Hospital de Suba II Nivel, en el cual desempeñó el cargo de psicóloga dentro del desarrollo del programa de salud pública, área epidemiológica subsistema SIVIM- Sistema de Vigilancia Epidemiológica de la Violencia Intrafamiliar, el maltrato infantil y la violencia sexual. Entre marzo de 2010 y enero de 2011 percibía como

remuneración periódica mensual la suma de \$1.300.001, siendo su salario base equivalente a \$1.021.933. la diferencia entre lo causado y lo percibido como salario a favor de la señora León Navas era el valor de \$278.068. Lo anterior era designado por la accionada Servicios y Asesorías S.A. para cubrir los gastos de transporte, alimentación y medios de comunicación. El contrato que transcurrió entre el 8 de marzo de 2010 y 4 de febrero de 2011, finalizó de manera unilateral por parte de Servicios y Asesorías S.A., en razón a que la labor asignada a la actora ya había finalizado. La demandante Luz Amanda León Navas suscribió un segundo contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada entre el 22 de febrero de 2011 y el 24 de febrero de 2012. El contrato suscrito fue como trabajadora en misión para E.S.E. Hospital Suba II Nivel, en el cargo de apoyo profesional administrativo o asistencial III, desempeñándose como psicóloga dentro del desarrollo del programa de salud pública- área epidemiológica, subsistema SIVIM. Recibía una remuneración mensual de \$1.600.000, de los cuales el salario básico era la suma de \$800.000. dicho monto era designado para cubrir los gastos de transporte, alimentación y medios de comunicación. Posteriormente celebró un tercer contrato por obra o duración de la labor determinada con la empresa de servicios temporales convocada para el periodo transcurrido entre el 6 de marzo de 2012 y 10 de mayo de 2013. El salario básico mensual era de \$1.300.001. el ultimo salario percibido por la demandante para el mes de abril de 2013 fue de \$1.952.064. el contrato referido finalizo de manera unilateral por parte de Servicios y Asesorías S.A., mediante carta de terminación del contrato de trabajo el 23 de mayo de 2013. La data de finalización de la relación laboral se dio muchos dias después de la fecha de terminación del contrato acordada, situación que conllevo a que la señora Luz Amanda León continuara cumpliendo sus funciones con normalidad. El 6 de agosto de 2013 interpuso queja ante el Ministerio del Trabajo en razón que no le fue cancelada la respectiva liquidación de prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral. Se fijo fecha de audiencia de conciliación para el 17 de enero de 2014, diligencia en la cual no se logró acuerdo alguno entre las partes. Posteriormente el 2 de octubre de 2015, elevó reclamación administrativa ante E.S.E. Hospital Suba II Nivel, pero no obtuvo respuesta por parte de la entidad.

La señora **Carina Hernández Ocampo**, suscribió contrato por duración de la obra o labor determinada el 16 de marzo de 2009 al 4 de mayo del mismo año. El contrato celebrado fue como trabajadora en misión para la demandada E.S.E. Hospital de

Suba II Nivel, en el cual desempeñó el cargo de psicóloga dentro del desarrollo del programa de salud pública, área epidemiológica subsistema SIVIM- Sistema de Vigilancia Epidemiológica de la Violencia Intrafamiliar, el maltrato infantil y la violencia sexual. Percibía como remuneración periódica mensual la suma de \$1.516.453, siendo su salario base equivalente a \$1.021.933. la diferencia entre lo causado y lo percibido como salario a favor de la señora Hernández Ocampo era el valor de \$494.520. Lo anterior era designado por la accionada Servicios y Asesorías S.A. para cubrir los gastos de transporte, alimentación y medios de comunicación. El contrato que transcurrió entre el 16 de marzo de 2009 y el 4 de mayo del mismo año, finalizó de manera unilateral por parte de Servicios y Asesorías S.A., en razón a que la labor asignada a la actora ya había finalizado. La demandante Carina Hernández, suscribió un segundo contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada entre el 16 de diciembre de 2009 y el 15 de diciembre de 2010. El contrato suscrito fue como trabajadora en misión para E.S.E. Hospital Suba II Nivel, en el cargo de psicóloga dentro del desarrollo del programa de salud pública, área de epidemiología, subsistema SIVIM, desempeñándose como referente de desplazados durante 2 meses y medio, labor que le fue encomendada hasta el 18 de febrero de 2010. Pese a que los referentes devengan un salario diferente al profesional operativo, la actora nunca recibió tal diferencial salarial. Recibía una remuneración mensual de \$1.516.453, de los cuales el salario básico era la suma de \$1.021.933, la diferencia entre lo percibido y lo causado era de \$494.520, dicho monto era designado para cubrir los gastos de transporte, alimentación y medios de comunicación. Posteriormente celebró un tercer contrato por obra o duración de la labor determinada con la empresa de servicios temporales convocada, para el periodo transcurrido entre el 3 de marzo de 2011 y el 5 de marzo de 2012. El salario básico mensual era de \$1.600.000. Luego celebra un cuarto contrato de obra o labor determinada a partir del 6 de marzo de 2012 y con fecha de terminación el 10 de mayo de 2013. El contrato celebrado fue terminado de manera unilateral por parte de la empresa de servicios temporales el 23 de mayo de 2013. Las demandadas no efectuaron el pago de los aportes a la seguridad social integral. Presentó reclamación administrativa ante E.S.E. Hospital de Suba II Nivel, el 2 de octubre de 2015. Hasta la fecha la entidad no emitió respuesta alguna.

Ambas demandantes presentaron derecho de petición ante la Secretaría de Salud Distrital para preguntar acerca del subsistema SIVIM, su operación en el distrito y

en la localidad de Suba, así como el funcionamiento del personal de psicólogos. La secretaria de salud dio respuesta el 11 de julio de 2014, donde indico que el SIVIM seguía operando en el distrito capital a través de los hospitales I y II nivel, incluido el Hospital de Suba II Nivel ESE. Además, señalaron que la guía operativa del subsistema SIVIM dispone la conformación de equipos de trabajo conformados por referente SIVIM, psicólogo operativo y epidemiológico. A su vez elevaron derecho de petición al Hospital de Suba II Nivel, para cuestionar acerca del personal de planta del subsistema SIVIM con psicólogos y sobre la continuidad de la relación contractual entre la E.S.E. y la EST Servicios y Asesorías S.A. la demandada Hospital de Suba II Nivel dio respuesta a la petición el 2 de mayo de 2014, en la cual indico que la localidad de Suba como contratista de los servicios del plan de intervenciones colectivas continuo manteniendo el subsistema referido en la malla contractual a través del componente de vigilancia en salud pública, lo cual es uniforme para todas las ESE que manejan el plan de intervenciones colectivas en el distrito, señaló que los lineamientos de personal dados en la guía operativa del SIVIM e informa que para la fecha no se cuenta con personal de planta psicólogos para el subsistema e informa que la demandada Hospital de Suba mantiene la relación contractual con la demandada EST Servicios y Asesorías S.A., que incluye actividades del subsistema SIVIM. La demandada EST Hospital de Suba dio continuación a la vinculación de las actoras a través de la figura del trabajador en misión para desarrollar programas misionales y propios de su objeto social como ESE del distrito capital. Las demandantes estuvieron expuestas a altos niveles de estrés, presión psicológica y emocional que conllevaron a depresión, problemas de salud y excesiva carga laboral, situaciones que fueron informadas al área de talento humano.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

UNIDAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD SUBA, en los términos del escrito visible en fls. 471 a 501.

- Se opuso a las pretensiones de la demandante Luz Amanda León Navas.
- Se opuso a las pretensiones de la demandante Carina Hernández Ocampo.

- En cuanto a los hechos aceptó el contrato suscrito entre Servicios y Asesorías S.A. y la señora Luz Amanda León para cumplir con el objeto del contrato pactado entre las dos personas jurídicas, el cargo para el cual fueron contratadas y la respuesta del derecho de petición por parte del Hospital de Suba
- Propuso como excepción previa; prescripción.
- Formulo como excepciones de mérito; cobro de lo no debido y genérica.

SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A., contestó como consta a fls. 563 a 568.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Propuso como excepciones de fondo; prescripción, temeridad y mala fe, cobro de lo no debido y pago.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso Absolver a las demandadas Subred Integrada de Servicios de Salud Norte Suba y la Empresa de Servicios Temporales-Servicios y Asesorías S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el presente asunto por las demandantes Luz Amanda León Navas y Carina Hernández Ocampo. Así mismo declaró probada la excepción propuesta de cobro de lo no debido por las razones expuestas. Estableció la existencia de un vínculo entre la ESE demandada y Luz Amanda León mediante contratos de obra labor con la EST, que fueron liquidados tomando en cuenta los siguientes extremos, del 8 de marzo de 2010 al 2 de febrero de 2011, del 22 de febrero de 2011 al 24 de febrero de 2012 y del 6 de marzo de 2012 al 10 de mayo del 2013. Con la demandante Carina Hernández se advierte que se vinculó a partir del 6 de marzo del 2009 al 13 de mayo de 2009, del 16 de diciembre de 2009 al 15 de diciembre de 2010, del 8 de marzo de 2010 al 2 de febrero del 2011, del 22 de febrero de 2011 al 24 de febrero del 2012 y del 6 de marzo de 2012 al 10 de mayo del 2013. Llego a decisión de absolver al tener en cuenta que el cargo desempeñado por las demandantes era psicólogas en el subsistema de vigilancia epidemiológica de la violencia intrafamiliar, maltrato infantil y violencia sexual, en consecuencia, ostentan la calidad de empleadas públicas de conformidad con el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 que determinó que las E.S.E. se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 y la Ley 344 del 96. Por lo anterior, al

tenor del artículo 2 del C.P.L. y S.S. asignó a la jurisdicción ordinaria laboral los conflictos derivados del contrato de trabajo, no obstante, en este asunto la actividad que realizaban las demandantes son propias de un empleado público.

Recurso de apelación

La parte **demandante** inconforme con la decisión en particular con la exoneración de la condena en contra de la empresa de servicios temporales demandada; señaló que si bien la jurisprudencia determina cómo es posible eliminar de la ecuación en este juicio a la entidad de orden estatal, no es menos cierto, que en relación con la empresa temporal no se pueden aplicar los mismos presupuestos. Considera que fue objeto de debate la ejecución del contrato, por lo tanto, a pesar que una de las pretensiones se encamine a la declaratoria de la solidaridad entre las demandadas, la circunstancia que para una de ellas esta jurisdicción no sea competente, lo cierto es que para la empresa de servicios temporales sí está habilitada. Se debe tener en cuenta la mala fe de la demandada Servicios Y Asesorías, en cuanto pretendió encubrir una real relación laboral. Peticion la revocatoria de la sentencia respecto de la exoneración de responsabilidad de Servicios Y Asesorías, como quiera que los hechos alegados fueron debidamente probados, los incumplimientos del contrato de trabajo, los incumplimientos de la relación laboral dentro del equilibrio que exige el artículo 1 del C.S.T., fueron realmente como lo expuso en su sentencia la señora juez, fueron realmente desbordados los límites, este punto de una responsabilidad objetiva y donde se denota la palmaria mala fe de una empresa que sí podía ser juzgada por este despacho, debía ser también condenada con base en las pruebas legalmente aportadas.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: el material probatorio permitió establecer que la EST demandada fungió como un intermediario, pues su función era netamente administrativa, no tenía injerencia sobre las directrices ni las condiciones de trabajo que regían a los trabajadores. La naturaleza de la ESE demandada atiende a posibles vinculaciones legales y reglamentarias con la ESE y no a contratos de trabajo, lo que implica que la competencia para juzgar a estos funcionarios se encuentra en la

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. A partir de este análisis, se DECLARÓ PROBADA LA EXCEPCIÓN DE COBRO DE LO NO DEBIDO, CON LO CUAL SE EXONERÓ DE LAS CONDENAS A LAS DOS DEMANDADAS. En tal sentido, no existe justificación para que se haya declarado la excepción de cobro de lo no debido en favor de la empresa de servicios temporales S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A., pues respecto de ella se encuentran probadas las relaciones de trabajo que se ventilan en este litigio, pero a pesar de ello, se dejó de evaluar el material probatorio tendiente a demostrar que existieron vulneraciones de derechos laborales que deben ser atendidos bajo las reglas de la legislación laboral.

Parte demandada:

- **S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS:** señala que la causa de terminación de los contratos de trabajo fue la terminación de la obra o labor, de acuerdo a los reportes de la empresa usuaria Hospital de Suba, dado que, al disminuir sus necesidades del personal en misión, finaliza con ello la obra o labor para la que habían sido contratados. Ahora bien, con relación los dineros adicionales al salario que recibían por concepto de medios de transporte, alimentación y comunicación, se suministraban tal y como se pactó en los contratos de trabajo no como contra prestación de los servicios, sino para facilitar la realización de los mismos, pues sus labores eran de campo, en los territorios asignados por toda la localidad, hecho que justifica la entrega de tales dineros no como salario, de hecho, en los interrogatorios de parte y recepción de testimonios, las partes interrogadas manifestaron que muy pocas veces contaban con vehículo para realizar los desplazamientos y que las llamadas salían de sus propios recursos, tomando fuerza la realidad del asunto consistente en que estos dineros se suministraron para facilitar la prestación de los servicios y no como contraprestación de los mismos, situación que además se pactó de tal manera en el contrato de trabajo.
- **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E:** Dentro del proceso no se probaron los elementos constitutivos de una relación laboral, en especial aquel de la subordinación, teniendo en cuenta que el Juzgado en primera instancia evidencio que realmente los hechos obedecieron a un contrato. de obra labor. De otra parte, en el debate

probatorio no se demostró en ningún momento el sometimiento a subordinación u órdenes de algún tipo, pues la subordinación no se concretó y por el contrario lo que sí fue demostrado, era que se trataba de una coordinación de actividades propia de los contratos de prestación de servicios u obra y labor. Asienten que a las demandantes se les pago todos los honorarios pactados dentro del contrato de obra y labor, corroborando que los emolumentos que ellas deprecian darían lugar a la figura de cobro de lo no debido.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos por la parte demandada en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*. El cual se limita a establecer si proceden las condenas únicamente a cargo de la demandada Servicios y Asesoría S.A. EST.

Existencia de la Relación Laboral

No es tema de controversia la vinculación de las demandantes con la demandada SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.- EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES y con el HOSPITAL SUBA II NIVEL, así; Luz Amanda León mediante contratos de obra labor con la EST, del 8 de marzo de 2010 al 2 de febrero de 2011, del 22 de febrero de 2011 al 24 de febrero de 2012 y del 6 de marzo de 2012 al 10 de mayo del 2013. Con la demandante Carina Hernandez se advierte el vinculo a partir del 6 de marzo del 2009 al 13 de mayo de 2009, del 16 de diciembre de 2009 al 15 de diciembre de 2010, del 8 de marzo de 2010 al 2 de febrero del 2011, del 22 de febrero de 2011 al 24 de febrero del 2012 y del 6 de marzo de 2012 al 10 de mayo del 2013.

Naturaleza del HOSPITAL SUBA II NIVEL

Así las cosas, se debe tener en cuenta el HOSPITAL SUBA II NIVEL es una Empresa Social del Estado, las cuales constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en el Capítulo III de la ley 100 de 1993 y por regla general sus empleados son considerados como trabajadores oficiales.

De conformidad con el Acuerdo 641 del 2016 y conforme lo señala el Acuerdo 010 del 2018, fue creada la subred integrada de servicios de salud norte con categoría especial de entidad pública descentralizada dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, adscrita a la secretaria de salud de Bogotá.

A su vez se advierte que el artículo 83 de la ley 489 de 1998 determinó que las Empresas Sociales del Estado se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993 y la Ley 344 de 1996. Por su parte el artículo 195 de la ley 100 dispone que el personal vinculado a las ESE tienen carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales. De igual manera el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala en el párrafo que *"Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo."*

Aduce el recurrente que se deben impartir las condenas en contra de la empresa de servicios temporales únicamente, respecto de la cual esta jurisdicción tiene plena competencia. Sobre el particular advierte La Sala que en primera instancia quedo establecida la condición de empleadas públicas de las demandantes, como quiera que la actividad que desarrollaban a favor del Hospital Suba II Nivel era de atención psicológica en el sistema de vigilancia epidemiológica de la violencia intrafamiliar, maltrato infantil, violencia sexual; las que se acompasan con el objeto de las Empresas Sociales de Estado que corresponde a *"...la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social"*, previsto en el numeral 2 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

Se puede concluir entonces, que si bien existió una prestación personal de un servicio a favor de la entidad demandada Hospital Suba II Nivel por parte de las demandantes Luz Amanda León Navas y Carina Hernández Ocampo, vinculación que fue realizada de manera irregular por SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.- EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES al tenor de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, por exceder el término máximo de seis (6) meses prorrogables por otros seis (6) meses, previsto en el artículo 77 de la misma norma; lo cierto es que no se puede desconocer su calidad de empleadas públicas, lo que desborda la competencia de esta jurisdicción conforme lo previsto en el artículo 2 del C.P.L.S.S.¹, razones todas estas que imponen la necesidad de confirmar la sentencia impugnada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

¹ **ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL.** La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

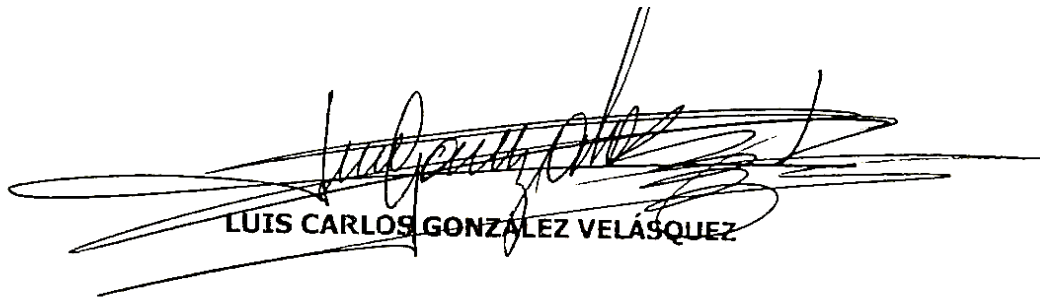
1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.
2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.
3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.
4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.
5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.
6. Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.
7. La ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994.
8. El recurso de anulación de laudos arbitrales.
9. El recurso de revisión.
10. La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo.

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de febrero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

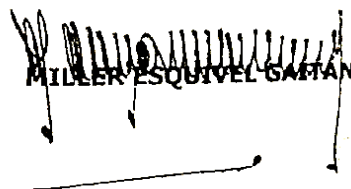
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL SAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

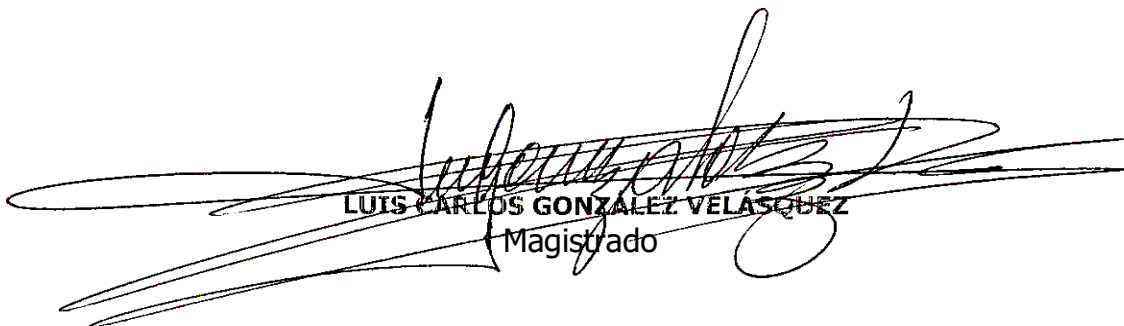
**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ DARY GUERRERO CONTRA
MERCADOS DIANA SUBA. RAD. 2017 00103 01 JUZ 24.**

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

AUTO

Mediante solicitud allegada por correo electrónico el 12 de octubre de 2021, peticiona el demandado se tenga en cuenta como prueba el título judicial No. A 6743280 sin fecha legible por pago de consignación de prestaciones sociales, toda vez que no fue presentado en término en la primera instancia por olvido de la apoderada.

Según el artículo 83 del CPT y SS, en el trámite de segunda instancia las partes solo pueden requerir la práctica de aquellas pruebas que fueron decretadas por el juez, pero se dejaron de practicar sin culpa de la parte interesada, sin embargo, observado el trámite de primera instancia se corrobora que esta documental no fue solicitada, además en esta etapa procesal no se advierte su necesidad para la decisión del recurso de apelación. Por todo lo anterior no hay lugar a decretar la prueba allegada.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ DARY GUERRERO CONTRA
MERCADOS DIANA SUBA. RAD. 2017 00103 01 JUZ 24.**

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de octubre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

LUZ DARY GUERRERO demandó a **MERCADOS DIANA SUBA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 a 7.

- Existencia de contrato de trabajo comprendido entre el 12 de abril al 15 de junio de 2016.
- Reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos en la suma de \$4.132.000.
- Pago de cesantías por valor de \$254.450.
- Pago de intereses a las cesantías por valor de \$5.343.
- Pago de vacaciones causadas en la suma de \$120.516.
- Reconocimiento y pago de la prima de servicios en la suma de \$254.450.
- Reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa en la suma de \$1.377.333.
- Reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por valor de \$11.248.195.
- Pago de aportes al sistema general de seguridad social.
- Costas del proceso.
- Indexación.

- Intereses moratorios.
- Lo que resulte probado ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 3. El 10 de abril de 2016 la señora Luz Dary Guerrero pactó un contrato de manera verbal con Nidia León, Administradora de Mercados Diana y el señor José Antonio Liberato. La remuneración mensual acordada fue de \$960.000 más las prestaciones de ley. El pago era quincenal. El horario de trabajo era de 7:00 a.m. a 8:00 p.m. de domingo a domingo con un día de descanso a la semana. El cargo que iba a desempeñar inicialmente era de cajera, sin embargo, las órdenes recibidas correspondían a labores de aseo general del punto de venta y carga de canastillas de fruta. La actora exigió la dotación de trabajo sin recibir respuesta alguna. La parte demandada no hizo los correspondientes pagos por concepto de cesantías e intereses sobre las cesantías a la AFP Porvenir. Tampoco efectuaron los aportes a pensión ante Porvenir S.A. Además, la demandante se encontraba suspendida en el sistema general de seguridad social en salud. Mercados Diana afilió a la actora a la caja de compensación familiar Colsubsidio el 6 de mayo de 2016. El 15 de junio de la misma anualidad le informaron que finalizaba la relación laboral por órdenes del señor José Antonio Liberato, propietario del establecimiento demandado, con fundamento en que la señora Guerrero no había superado el periodo de prueba.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, ORLANDO MONTAÑA CONTRERAS, en calidad de propietario del establecimiento comercial MERCADOS DIANA SUBA, dio contestación en los términos del escrito visible a fls. 65 a 74.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el trabajo y la labor desempeñada en Mercados Diana Suba, la forma de pagar el salario, el horario de trabajo y los recibos de caja aportados en la demanda donde consta el pago de los salarios.
- Propuso como excepciones previas; falta de competencia e indebida acumulación de pretensiones.

- Formuló como excepciones de mérito; mala fe de la parte actora, ausencia de terminación de contrato laboral sin justa causa, prescripción, buena fe de la demandada y cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso;

"PRIMERO- DECLARAR que entre la señora **LUZ DARY GUERRERO** y el señor **ORLANDO MONTAÑA CONTRERAS** propietario del establecimiento de comercio **MERCADOS DIANA SUBA** existió un contrato de trabajo desde el 12 de abril de 2016 al 15 de junio de esa misma anualidad, desempeñando el cargo de cajera y oficios varios, devengando como salario mensual una suma igual a \$960.000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO- CONDENAR al demandado, señor **ORLANDO MONTAÑA CONTRERAS** propietario del establecimiento de comercio **MERCADOS DIANA SUBA** a reconocer y pagar a favor de la demandante **LUZ DARY GUERRERO** las sumas de dinero por los siguientes conceptos:

- A) \$168.000 por concepto de auxilio de cesantías por el tiempo laborado.
- B) \$3.528.000 por concepto de intereses a las cesantías por el tiempo laborado.
- C) \$168.000 por concepto de primas de servicios por el tiempo laborado.
- D) \$84.000 por concepto de vacaciones por el tiempo laborado.
- E) \$960.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

TERCERO- CONDENAR al demandado, señor **ORLANDO MONTAÑA CONTRERAS** propietario del establecimiento de comercio **MERCADOS DIANA SUBA** a reconocer y pagar a favor de la demandante **LUZ DARY GUERRERO** la suma de \$23.040.000 junto con los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria a partir de la iniciación del mes hasta cuando el pago de las diferencias de prestaciones sociales adeudadas se verifique por concepto de indemnización.

CUARTO- CONDENAR al demandado señor **ORLANDO MONTAÑA CONTRERAS** propietario del establecimiento de comercio **MERCADOS DIANA SUBA** a reconocer y pagar a favor de la demandante **LUZ DARY GUERRERO** las diferencias en los aportes para pensión, así como los intereses moratorios de que trata el artículo 23 de la ley 100 de 1993 que deberán ser consignados al fondo de pensiones que indique la demandante se encuentre afiliada o en su defecto a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES-** para el periodo del 12 de abril de 2016 al 15 de junio de esa misma anualidad, tomando como **IBC** la diferencia que se encuentre entre el salario devengado por la demandante, esto es, la suma de \$960.000 y el salario mínimo legal mensual vigente, con el cual se hicieron los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

QUINTO- AUTORIZAR al demandado señor **ORLANDO MONTAÑA CONTRERAS** propietario del establecimiento de comercio **MERCADOS DIANA SUBA** a descontar de las sumas de dinero que por concepto de prestaciones sociales resulto adeudado, la suma de \$314.600 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEXO- ABSOLVER al demandado señor **ORLANDO MONTAÑO CONTRERAS** propietario del establecimiento de comercio **MERCADOS DIANA SUBA** de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante **LUZ DARY GUERRERO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SÉPTIMO- DECLARAR parcialmente probado los hechos que sustenten la excepción de **COBRO DE LO NO DEBIDO**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

OCTAVO- CONDENAR en costas al señor **ORLANDO MONTAÑA CONTRERAS** propietario del establecimiento de comercio **MERCADOS DIANA SUBA** y a favor del demandante **LUZ DARY GUERRERO**, por secretaria líquídense incluyendo la suma de \$1.500.000 como valor en que se estiman las agencias en derecho.”

Llego a esa determinación con fundamento en el acervo probatorio que obra en el plenario y que da cuenta de la existencia de una única relación laboral entre el periodo comprendido del 12 de abril al 15 de junio de 2016, a pesar de haber sido despedida por primera vez el 20 de mayo de la misma anualidad y reintegrada una semana después; tal situación no invalida la unidad contractual, pues la interrupción de la relación laboral no fue por un término amplio y relevante. Respecto a las prestaciones sociales reclamadas, no existió en el proceso prueba alguna que demostrara el trabajo suplementario reclamado para condenar a la empleadora al pago de conceptos distintos al pacto salarial. En cuanto a las demás pretensiones, se condenó a la pasiva a cancelar las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, toda vez que no se demostró que el pago se hubiera efectuado a favor de la demandante, por consiguiente condenó a pagar la suma global de \$423.528, de los cuales se descuenta el valor de \$314.600 que corresponden a la suma anteriormente cancelada por concepto de liquidación de prestaciones sociales el 27 de junio de 2016. Así mismo se condenó al pago de las diferencias de los aportes a la seguridad social, comoquiera que la convocada no cotizó sobre el salario realmente devengado por la actora. Impuso la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales a la finalización del contrato, debido a que solo se acreditó el pago parcial de la obligación. Finalmente absolvió a la empresa de las demás pretensiones incoadas por la actora.

Recurso de apelación

Parte demandada: Manifiesta que en el fallo se hizo una interpretación errónea de la conducta desplegada por la empresa la cual esta desprovista de mala fe, toda vez que no se encuentra debidamente probada, hecho que se demuestra con la

cancelación de todas las prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral. En el presente caso existió un contrato verbal frente al cual existen dos liquidaciones por los dos periodos que laboró la demandante; la primera liquidación entregada en el mes de mayo por el término comprendido entre el 1° al 30 de mayo de 2016 por un valor de \$157.226 y la segunda entregada a la terminación del contrato por una suma de \$314.000. De lo anterior dan cuenta los diferentes documentos que obran en el expediente y no fueron tachados de falso por la parte actora. Pese a que el pago de la liquidación se hizo por un monto inferior, si se efectuó, por lo tanto es desacertado presumir la mala fe de un empleador que procuró cumplir con todas las obligaciones laborales. Así mismo, solicita se condene a la parte demandante al pago de costas y agencias en derecho.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifiesta que observado el acervo probatorio se avizora la mala fe por parte del empleador. Al igual que las documentales de PORVENIR, CRUZ BLANCA Y COLSUBSIDIO documentos claros e idóneos que no muestran la buena fe que ellos pretenden alegar, por el contrario, se ratifica el proceder de la parte demandada y se corrobora la intención de evadir las obligaciones, ya que a lo largo del proceso nunca demostraron las razones de su omisión debidamente justificadas.

Parte demandada: señala que la condena al pago de la indemnización moratoria no se puede predicar únicamente sobre la base de la señalada declaratoria de existencia de un contrato laboral o simplemente por el no pago de salarios o prestaciones sociales, o para el sector oficial también por la no cancelación de una indemnización, sin más miramientos y análisis, como sucedió en el asunto bajo examen parte del supuesto normativo que esa sanción se aplica de manera «automática e inflexible» haciendo presumir la mala fe, crea una regla general equivocada, por la potísima razón de que aplica la norma de manera automática reitera, en realizar un estudio serio en torno a la conducta asumida por el deudor, esto es, en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio el recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si hay lugar a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la condena en costas en contra de la parte demandante.

Existencia del contrato de trabajo y extremos

No existe controversia en relación con la existencia del contrato de trabajo desde el 12 de abril de 2016 al 15 de junio de esa misma anualidad, entre la señora **LUZ DARY GUERRERO** y el señor **ORLANDO MONTAÑA CONTRERAS** en su calidad de propietario del establecimiento de comercio MERCADOS DIANA SUBA, en el cual desempeño el cargo de cajera y oficios varios, con una asignación mensual equivalente a \$960.000.

Indemnización moratoria

El artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones adeudadas, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses. Transcurridos 24 meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir de la iniciación del mes 25 hasta cuando se verifique el pago.

La Corte Suprema justicia, Sala de Casación Laboral, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016). Es preciso recordar lo que rememoró la sentencia *CSJ SL 8216 de 2016, que dispuso;*

"De igual modo, la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción” (CSJ SL9641-2014). Como puede verse, la jurisprudencia de esta Corte y la interpretación que, como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, ha realizado de las disposiciones que prevén las sanciones moratorias, se ha opuesto a cualquier hermenéutica fundada en reglas inderrotables y concluyentes acerca de cuándo procede o no la sanción moratoria o en qué casos hay buena fe o no. En su lugar, se ha inclinado por una interpretación según la cual, la verificación de la conducta del empleador es un aspecto que debe ser revisado en concreto, de acuerdo con todos los detalles y peculiaridades que aparezcan probados en el expediente (CSJ SL, 13 abr. 2005, rad. 24397)”

En punto de lo anterior, al plenario se aportaron los siguientes documentales; certificación laboral (fl. 13), recibo de caja menor del pago de la quincena del periodo comprendido entre el 1° al 15 de junio de 2016 (fl. 14), historia laboral consolidada (fls. 14 a 19), relación histórica de movimientos Porvenir S.A. (fls. 17 a 19), certificado de afiliación a Cruz Blanca (fl. 20), certificado de aportes POS (fls. 21 a 22), certificado de afiliación a la Caja de Compensación Familiar Colsubsidio (fl. 23), carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 27 de junio de 2016 (fls. 24 y 118), recibos de caja menor (fl. 25), fotografías del establecimiento comercial Mercados Diana (fls. 39 a 40), liquidación del contrato de trabajo año 2016 (fl. 75), liquidación del contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1° al 30 de mayo de 2016 (fl. 76), carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 20 de mayo de 2016 (fl. 77), memorando de fecha 20 de mayo de 2016 (fl. 78), memorando de fecha 7 de mayo de 2016 (fl. 79), consulta Asopagos (fls. 115 a 117) y planilla de pagos Porvenir S.A. (fl. 159).

Se escuchó al testigo **Misael Silva Sánchez** (compañero permanente de la demandante). Manifiesta que a su esposa le pagaban \$960.000 y renunció de Almacenes Éxito porque en Mercados Diana le ofrecieron mejores condiciones laborales. El horario de trabajo era de 7:00 a.m. a 8:30 p.m. y el cargo a desempeñar era el de cajera. Cree que no la liquidaron correctamente cuando fue despedida. Le consta el horario laboral porque el mismo la recogía todos los días, de lunes a domingo y ellos viven cerca del supermercado en Suba. Relata que la demandante descansaba un día, cada 15 días entre semana. Dice que le pagaron la liquidación a los pocos días que finalizaron su contrato. Afirma que no la afiliaron a seguridad social ni cajas de compensación a pesar de que ella había llevado los documentos

de los hijos. Tiene dos hijos, uno de 18 años y otro de 13 años. Indica que se dieron cuenta que la empresa no la había afiliado a salud cuando les toco ir al hospital porque uno de los hijos se había enfermado y allí le dijeron que no los podían atender porque no estaban en la base de datos. Afirma que cuando le cancelaron un dinero supuestamente como liquidación, Luz Dary manifestó que estaba inconforme porque la suma pagada no era acorde al tiempo laborado y porque la habían despedido injustificadamente. El cargo siempre fue de cajera, ella misma le comentó y cuando él iba al supermercado la veía en ese puesto. Le hicieron una carta diciendo que le estaban pagando cesantías pero era un abono a la liquidación. Verificaron en las planillas si el supermercado había efectuado las cotizaciones a la seguridad social, de los cuales no había registro alguno. Señala que su esposa empezó a trabajar en Mercados Diana el 12 de abril de 2016 y la despidieron el 15 de junio del mismo año. No le consta si en el pago del salario mensual pactado iban incluidas las horas extras, dominicales y festivos. Luz Dary le comentó que no le estaban pagando los \$960.000 mensuales, sino \$480.000 quincenales. Manifestó que la relación de su esposa con los compañeros de trabajo era buena porque ella nunca le conto acerca de altercados o discusiones que tuviera con el señor Montaña o los demás empleados. Sabe que su jefe inmediata era la señora León, quien también la contrató. Dice que el no estuvo presente cuando contrataron a la actora.

También se escuchó al testigo, **José Antonio Liberato Rojas** (administrador de mercados Diana hace ocho años). Señala que es amigo de Orlando Montaña, dueño del establecimiento. Relata que a la demandante la distinguía por su hermano y debido a la recomendación de él fue contratada. El contrato fue pactado de forma verbal. El salario acordado era de \$960.000 mensuales, en el cual iban incluidas todas las prestaciones sociales. Indica que la demandante trabajaba de 7:00 a.m. a 8 p.m. de lunes a domingo con derecho a un día de descanso y hora de almuerzo. Le pagaban de manera quincenal la suma de \$480.000. Afirma que Luz Dary dejo de trabajar unos días que no recuerda la fecha, pero fueron más o menos 3 o 4 días y que ella no presento justificación de su ausencia. Terminaron el contrato de trabajo por el deficiente desempeño de la demandante en ejecución de sus labores, debido a que atendía de mala manera a los clientes. Dieron por terminado el contrato el 20 de mayo de 2016, y en ese mismo instante le entregaron la liquidación. Luego la recontrataron a los ochos días porque no consiguieron cajera, pese a la segunda oportunidad brindada, la demandante continuo prestando un mal servicio. Señala que le cancelaban la quincena en efectivo y Luz Dary nunca manifestó desacuerdo

alguno del pago recibido, tampoco presento reclamación del pago de horas extras. Indica que Orlando tenía un contrato con una entidad que era la encargada de hacer las cotizaciones a seguridad social de los empleados. Manifiesta que el jefe inmediato de la demandante era el junto con Nidia que era la administradora. Afirma que Luz Dary vivía a tres cuadras del supermercado y se le pagaba subsidio de transporte. A los 15 días de finalizada la relación, la actora se acercó a solicitar una certificación laboral por tres años, él le informó al dueño y ordenó que no iba admitir dicha solicitud y que solo se la harían por el tiempo laborado. El supermercado ha tenido 10 empleados como máximo. El cargo de Luz Dary era de cajera y el aseo de las instalaciones se hace entre todos los empleados. El único representante legal es Orlando. Señala que a la actora no se le quedo adeudando ningún concepto. Indica que en mayo le entregaron "300 y algo de liquidación" y al final de la relación en el mes de junio se le canceló todo por concepto de liquidación.

Se escuchó a la testigo **Ligia Alison Guatama Plazas**, indica que es empleada de Mercados Diana, donde trabaja hace 4 años. Fue compañera de trabajo de la demandante. También desempeñaba el cargo de cajera. Relata que la demandante trabajaba en el mismo horario que ella, que era de 7:00 a.m. a 8:00 p.m., de lunes a domingo y descansaba un día entre semana. Tiene entendido que a Luz Dary la contrató Antonio Liberato. Manifiesta que a la actora le pagaban el mínimo incluido todo lo de ley y el subsidio de transporte para un total de \$960.0000, la misma remuneración que ella recibía. Relata que Luz Dary trabajó tres meses en el supermercado. Indica que se retiró una vez y la demandante cuando venía bajando de la oficina del segundo piso le dijo que le habían pagado. Después de ese suceso Luz Dary regresó a trabajar en Mercados Diana. No sabe si la actora estaba afiliada a EPS, pero que le consta que Orlando tiene afiliados a todos los trabajadores. Afirma que Luz Dary dejó de ir tres días a trabajar y Nidia como llamado de atención se comunicó de inmediato con Corposoluciones, que era la entidad encargada de manejar el área de recursos humanos. Ese mismo día le pasaron un memorando a Luz Dary, situación que le consta porque que ella misma le contó. No sabe porque dejó de prestar los servicios al supermercado. Manifiesta que luego se enteró que la despidieron porque prestaba mal servicio a los clientes y porque se ausentó por tres días seguidos. Afirma que ella ingresó a trabajar el 1º de enero de 2016. El pago incluía horas extras y subsidio de transporte, a todos les pagaban igual. La labor de la demandante era cajera y oficios varios, actividades que realizaban todos los empleados o ellas como cajeras, les tocaba surtir o asear. Orlando le contó que Luz

Dary se acercó a solicitar una certificación laboral en la cual constara que ella había trabajado por tres años en Mercados Diana. Indica que la relación entre ellas fue buena, pero que la actora había tenido inconvenientes con Nidia y los demás compañeros porque llegaba a trabajar de mal genio. En el momento del despido de la demandante había cuatro empleados en el supermercado. Señala que el señor Liberato era administrador junto con Nidia, que era la superior de todos. Actualmente es la administradora del establecimiento comercial demandado.

Absolvió interrogatorio de parte la demandante **Luz Dary Guerrero**. Señala que su jefe inmediato era Nidia León. Manifiesta que pacto con la demandada un contrato verbal en el cual le ofrecieron un salario básico más prestaciones de ley. Indica que la relación con los compañeros de trabajo y jefes inmediatos era buena. En ningún momento se ausento del sitio de trabajo. El contrato fue terminado el 15 de junio de 2016. No le notificaron de llamados de atención de forma escrita o verbal. Acepta que firmo la liquidación que obra a folio 76 el día siguiente a la fecha que fue despedida, es decir el 16 de junio, pero que no estaba de acuerdo con la suma liquidada y la administradora le manifestó que eso era lo que había enviado la EPS y si no estaba de acuerdo que dejara la constancia escrita en el documento. El día que le entregaron la carta de terminación Nidia le dijo que la esposa del dueño del establecimiento le había ordenado que no tuviera contemplaciones con ella, así como con las demás cajeras. Nunca hizo observaciones frente a los pagos quincenales. El recibo de liquidación lo diligencio Nidia y ella escribió que se reservaba el derecho de reclamación. No solicitó certificación laboral a Mercados Diana Duba. Afirma que cuando recibió la notificación de terminación del contrato, estaba muy molesta y se fue del lugar sin decir nada. Señala que no le debían salarios y que le pagaban de forma quincenal \$480.000. Relata que por concepto de liquidación le cancelaron una suma de \$314.000, que fue lo único que le entregaron a la terminación del contrato. Indica que recibía las quincenas completas. En ningún momento fue a la cooperativa, ella le entregó el 15 de abril de 2016 los documentos de afiliación a Nidia León. Acepto que Dijo que Ligia fue compañera de trabajo y que recuerda que ingresó unos días después de ella. El horario era de lunes a domingo, de 7:00 a.m. a 8 p.m. y con derecho a descansar un día entre semana. El día que la contrataron hablo con Nidia y José Liberato. Manifiesta que en el supermercado la distinguían porque había cubierto unas vacaciones meses anteriores y le expresaron que como ya tenía conocimiento del trabajo, ingresaría como empleada fija y sin periodo de prueba, pero no dejaron ningún documento suscrito. Nunca le llamaron la atención ni le

notificaron los memorandos. Vive a tres cuadras del supermercado Diana. Señala que no presentó reclamo por el pago de horas extras.

Por su parte el demandado **Orlando Montaña** (propietario de Mercados Diana) al absolver interrogatorio de parte señala que Nidia León era la encargada de la parte administrativa y que hace más de dos años y medio se desvinculó de la empresa. En el momento del despido de la demandante había 6 empleados en el supermercado. Indica que José Antonio era el encargado de supervisar a los empleados, el pago de nómina y revisar los aportes a seguridad social. Afirma que hubo unos días que Luz Dary se ausentó y se le liquidó ese tiempo. Indica que Corposoluciones es la encargada de realizar las cotizaciones a seguridad social de todos los trabajadores. Relata que antes tenían un reglamento de trabajo. Manifiesta que la actora se desempeñaba en el cargo de cajera y oficios varios.

Valoración conjunta de las pruebas

Se advierte que en este asunto la pasiva no precisa los extremos de la relación laboral para efectos del cálculo de las prestaciones sociales, tal como se evidencia en las liquidaciones obrantes a folios 75 a 76. Del testimonio de José Antonio Liberato Rojas, se desprende que la actora fue despedida por primera vez el 20 de mayo de 2016 y revisada la liquidación, se reconoció el periodo transcurrido entre el 1º al 30 de mayo de 2016, pese a que fue un hecho aceptado que la relación laboral había iniciado el 12 de abril de la misma anualidad. Así mismo, en relación con la liquidación (fl.76), se aportó el recibo de caja menor entregado la segunda vez que finalizó el contrato de trabajo (fl.25) de fecha 27 de junio de 2016, el cual indica "pago 2 meses de liquidación del 12 de mayo al 12 de junio. Faltando 3 días para pagar".

De lo anterior, no puede pasar inadvertido La Sala las contradicciones en la determinación de los extremos por la parte demandada. No obstante, es evidente el pago de las acreencias por parte de la pasiva en concordancia con la declaración de una sola relación laboral que realizó en la A quo para efectos del reconocimiento de prestaciones sociales, lo anterior al tener en cuenta la data inicial de la segunda liquidación (fl. 25) y que consta en el documento como *12 de mayo de 2016*, sin que sea posible establecer la intención del empleador de sustraerse del pago de la obligación. Téngase en cuenta que en el primer lapso de la relación laboral canceló

las acreencias laborales, que conforme los cálculos realizados en la primera instancia se adeuda tan solo de la diferencia por concepto de primas, vacaciones y cesantías.

Sobre la mala fe del empleador la sentencia CSJ SL14651 de 2014, precisó;

"La indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el caso de los trabajadores particulares; y en el 1 del Decreto 797 de 1949, para el de los trabajadores oficiales- es una figura jurídico-laboral que ha merecido el discernimiento reflexivo y crítico de la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social, que ha decantado su doctrina en torno a las sendas que deben seguirse para el combate de la sentencia que la haya impuesto o dejado de imponer en un caso determinado, al igual que las modalidades de violación que deben emplearse. "En ese sentido, esta Sala de la Corte, al acoger el criterio jurisprudencial expuesto desde el Tribunal Supremo del Trabajo, que ha devenido sólido, por sus notas de pacífico, reiterado y uniforme, ha precisado que la sanción moratoria no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cubra al trabajador los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que le adeuda. Es decir, la sola deuda de tales conceptos no abre paso a la imposición judicial de la carga moratoria. Es deber ineludible del juez estudiar el material probatorio de autos, en el horizonte de establecer si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos. El recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor. Sólo como fruto de esa labor de exploración de tal comportamiento, le es dable al juez fulminar o no condena contra el empleador. Si tal análisis demuestra que éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento"

En este mismo sentido, quedo demostrado que el propietario del supermercado tenía un grupo de profesionales designados para realizar todas las gestiones de nómina y aportes a seguridad social de los empleados, por lo que su conducta se limitaba a coordinar y delegar en terceros responsabilidades a su cargo para cumplir oportunamente con todos los requisitos legales en favor del correcto funcionamiento del establecimiento comercial, lejos de un ánimo hostil a los intereses de los trabajadores, lo que permite concluir que la conducta del empleador se ciñó a los principios de la buena fe predicables durante toda la vigencia del vínculo laboral. Por lo anterior se absolverá a la demandada Mercados Diana Suba de la condena al pago de la indemnización moratoria.

En atención a la solicitud de la parte demandada de imponer condena en costas a la accionante, debe decirse que con base en el artículo 365 del Código General del

Proceso¹, procede la condena en costas a cargo de la parte a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Suficientes resultan los anteriores argumentos para **revocar el literal tercero y confirmar** en lo demás la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en esta instancia.

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR EL LITERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de abril de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de abril de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Sin costas en esta instancia.

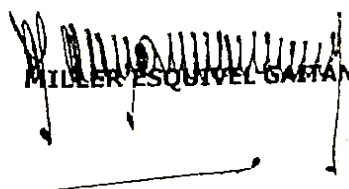
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

¹ Art 365. "En los procesos y en las actuaciones posteriores de aquellos en que haya controversia sobre la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le **resuelva desfavorablemente en el recurso de apelación**, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OSWALDO ENRIQUE RIVERA CONTRA
COLOMBIANA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A.S. Rad. 2018 – 00240 01
Juz 37.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

OSWALDO ENRIQUE RIVERA demandó a **COLOMBIANA DE SERVICIOS LOGÍSTICOS S.A.S** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 78 a 80.

- Culpa patronal.
- Daño emergente.
- Lucro cesante consolidado.
- Lucro cesante futuro.
- Perjuicios morales y daño en la vida en relación.
- Indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 75 a 78. Se vinculó con la demandada el 22 de noviembre de 2012, el cargo desempeñado es de conductor operación ruta nacional, el 21 de abril de 2014 a las 23:00 horas sufrió un accidente de trabajo en el Alto de los Chivos en Aguachica – Cesar, pues se cayó de la cabina del vehículo de placas SWK 449 al intentar descender del automotor, en ese momento se golpeó la cara, y se lesionó el hombro y tabique. Su salario antes del accidente ascendía a \$2.300.000 (el cual comprende comisiones, salario básico, horas extras y subsidio de transporte). Durante la rehabilitación se le pagó la suma

de \$2.200.000 y al 2018 se le cancelaba \$790.000. Estuvo incapacitado por 305 días, la ARL determinó una PCL del 22.65% con diagnóstico – lesión del manguito rotador hombro izquierdo, porcentaje que aumentó a 29.60% conforme valoración que efectuó la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, el que volvió a cambiar por la calificación que hizo la Junta Nacional que determinó la PCL en 28.25%. Aduce que sus dolores son crónicos, la empresa lo reubicó pero de no actualizar las restricciones médicas se le exige volver a la actividad de conducción. La demandada 6 días después de ocurrido el accidente de trabajo, le dio permiso para acudir al médico, previo a ello, tuvo que cubrir las rutas Barranquilla – Villavicencio y Villavicencio – Bogotá. En virtud del accidente fue intervenido quirúrgicamente en octubre de 2014 y julio de 2015, sus lesiones y perturbaciones funcionales han evolucionado y afectado tanto su capacidad laborar como las actividades cotidianas. Asumió los gastos iniciales de urgencias, atención médica y medicamentos, su accidente y las secuelas generadas son culpa de la empresa por no asignar un compañero para los trayectos y hacerle cumplir los recorridos asignados sin asistencia médica, pues solo al llegar a su domicilio (6 días después) pudo asistir a urgencias. Considera que la dotación suministrada fue precaria y el deber de cuidado peyorativo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a folios 167 a 190.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el vínculo laboral, salario, reubicación laboral, el accidente de trabajo, la asistencia médica después de 6 días del siniestro, el desarrollo de las rutas y las secuelas.
- Formuló como excepciones de mérito; pago de los derechos legalmente causados, inexistencia de las obligaciones que se pretenden en juicio, falta de título y causa, compensación y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió de las pretensiones elevadas. Llegó a esa determinación al colegir del análisis de la ocurrencia del accidente de trabajo, que el siniestro ocurrió porque

el demandante no uso las botas antideslizantes otorgadas como suministro de dotación, sumado al indebido proceder en el descenso del vehículo, sin que en ello haya tenido ningún tipo de responsabilidad el empleador, quien demostró el cumplimiento de sus deberes de diligencia y cuidado, ya que acreditó haberse ocupado de suministrar al demandante los elementos de protección propios del cargo de conductor de ruta nacional y anticipó los riesgos ocupacionales a los que podía estar expuesto. El trabajador contó con la capacitación para desempeñar las funciones en especial en lo relacionado con el ascenso y descenso del vehículo asignado, la llamada a juicio ejerció medidas control en la ejecución de la labor en tanto efectuó el seguimiento del conductor mediante GPS, el trabajador tenía puntos de control, era requerido telefónicamente cuando no hacía las pausas a tiempo, descansos con los que se quería evitar los riesgos que puede generar la fatiga de un conductor. Resaltó que es obligación de los trabajadores cumplir y portar todos los elementos de seguridad social suministrados por el patrono. En cuanto a la reducción del salario, indicó que conforme el dicho de la testigo DIANA ZOLEIDI FERNANDEZ OSORIO, el demandante una vez se reincorporo a la empresa fue reubicado conforme sus recomendaciones médicas, ya que con ocasión al accidente de trabajo éste ya no pudo continuar con las labores para las que fue contratado, no obstante ese cambio, a él se le siguió cancelando el mismo salario para los años 2015, 2016 y 2017, y fue tan solo mediante una auditoria que se advirtió tal situación lo que generó un ajuste en la remuneración inicialmente pactada y las funciones que desempeña en la actualidad.

Recursos de apelación

La parte actora no está de acuerdo con lo resuelto por el A quo, quien si bien hizo un estudio sobre el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, éste omitió indicar cual fue la causal de eximente de responsabilidad para no proferir condena. Insiste en que si hubo negligencia por parte del patrono al no brindar las herramientas suficientes para evitar que el trabajador se cayera o se accidentara; aquí no se determinó la existencia de una culpa exclusiva de la víctima, culpa de un tercero o la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, para absolver a la demandada. El actor dijo que su capacitación había sido insuficiente, insiste en que el empleador faltó a su deber de vigilancia para evitar que el trabajador asumiera un riesgo desproporcionado. Preciso que la demandada tenía que saber si el trabajador prestaba sus servicios con o sin las botas asignadas, pues es su responsabilidad subordinar cada minuto en el que el trabajador presta sus

servicios en el entendido de que él lo haga conforme como está establecido en el reglamento interno de trabajo y demás disposiciones.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada: Solicito que se confirme la decisión y reiteró los argumentos expuestos como defensa en primera instancia.

CONSIDERACIONES

La Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, los cuales se limitan a establecer si la demandada es responsable del accidente de trabajo que sufrió OSWALDO ENRIQUE RIVERA y si existe alguna causal de eximente de responsabilidad en el asunto.

Indemnización Plena y Ordinaria de Perjuicios

En relación con la indemnización total y ordinaria de perjuicios, la SL CSJ en diferente pronunciamiento ha indicado que en estos casos corresponde al demandante demostrar el incumplimiento por parte del empleador en sus deberes de protección y seguridad del trabajador, evento en el cual se traslada a aquel, la carga de probar que actuó con diligencia y cuidado para que se exonere de la responsabilidad. Al respecto puede consultarse la sentencia SL2594-2021, CSJ SL 7056-2016 y SL2168-2019 entre otras, habiéndose precisado en esta última:

*"Pues bien, esta Sala ha determinado que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio; no obstante, por excepción, **cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores»**, con arreglo a lo previsto en los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil (CSJ SL 7056-2016).*

Así, como quiera que la demandante imputó al empleador una actitud omisiva como causante de la enfermedad profesional le corresponde a la Sala determinar si este demostró que adoptó las medidas pertinentes, a fin de preservar la seguridad de los trabajadores”.

En la sentencia SL1897-2021 de la CSJ, se delimitó los supuestos del art. 216 del CST para declarar la responsabilidad por la indemnización plena de perjuicios en los casos de culpa por omisión, y en ella se explicó:

1.1. *Sobre la culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, la Sala tiene enseñado que:*

*“[...] la misma se **determina por el análisis del incumplimiento de los deberes** de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019)”. Tomado de la sentencia CSJ SL 5154-2020. En otras palabras, **la culpa se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que corresponden al empleador y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral. Para establecer la culpa, se evaluará la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes** de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la culpa leve que define el art. 63 del CC.*

*La culpa leve implica que el incumplimiento que hace al empleador merecedor de la condena por reparación plena de perjuicios es aquel que se da por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, frente al deber de tomar las medidas adecuadas para evitar el riesgo laboral sucedido, **y no se puede determinar la culpa por la simple ocurrencia del infortunio laboral**, ya que el empleador no tiene una obligación de resultado, es decir, **no está obligado a que el siniestro no ocurra, sino que sus obligaciones de protección y seguridad son de medio** (CSJ SL1073-2021). **Él siempre podrá probar la diligencia y cuidado que debió emplear para evitar el riesgo laboral en cuestión**, según el art. 1604 del CC. En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general, debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020. **Cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador**, como se trató en el caso de autos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, a **los accionantes les basta enunciar dichas omisiones** (teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no requieren de prueba) para que la carga de la prueba que desvirtúa la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019, CSJ SL2168-2019, CSJ SL2336-2020 y CSJ SL5154-2020).*

1.2 ***En cuanto al nexo causal** que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, **en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica** del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, **sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador** de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entre la culpa y el hecho dañino, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él, CSJ SL2336-2020.”*

Conforme lo anterior, como quiera que en el *sub lite* el demandante afirma que el accidente de trabajo que sufrió el 21 de abril de 2014 a las 23 horas, fue culpa de su

empleador, pues al ejercer sus funciones como conductor de operación ruta nacional, en el Alto de los Chivos en Aguachica – Cesar, se cayó de la cabina del vehículo de placas SWK 449 al intentar descender del automotor, procede La Sala a estudiar el acervo probatorio recaudado a fin de establecer las circunstancias que ocasionaron el accidente que sufrió el demandante y la actuación que desplegó el empleador al respecto.

Al proceso se aportaron los siguientes documentos: certificación laboral en la que consta que el demandante labora para la demandada desde el 22 de noviembre de 2012 en el cargo de conductor operario ruta nacional (fls 18), su salario es de \$790.000 y por horas extras se cancela aproximadamente de \$160.000, contrato de trabajo (fls 19 a 29 y 193 a 207) nóminas (fls 30 a 37 y 212 a 356), incapacidad por enfermedad común por 10 días, del 28 de abril de 2014 – diagnostico maguito rotador traumático, y en adelante se expidieron incapacidades por 30 días, desde el 08 de mayo de 2014 al 26 de febrero de 2015 por la misma patología (fls 39 a 49). Dictamen de la ARL SEGUROS BOLIVAR en el que se determinó una PCL al actor del 22.65% por la lesión del manguito rotador hombro izquierdo (fls 50 a 53), dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez donde se determinó que la pérdida de capacidad laboral del actor era del 29.60% (fls 56 a 58) porcentaje que fue objetado y la Junta Nacional lo determinó en 28.25% (fls 60 a 63), memorando de recomendaciones y restricciones (fls 64 a 69 y 498 a 523), en las que se informa de la reubicación del actor desde el 19 de marzo de 2015, en cargo de auxiliar de disponibilidad de operación laborales administrativas, certificado de aportes a pensión (fls 208 a 211), afiliación a ARL y pensiones, matriz de identificación de peligros, valoración de riesgos y determinación de controles (fls 301 a 368), reglamento de higiene y seguridad industrial (fl 369), sistema de gestión y seguridad y salud en el trabajo (fls 370 a 399), acta de constitución del comité paritario de salud ocupacional, (fls 400 a 403), registro de asistencia a las reuniones mensuales (fls 404 y 405), actas de COPASST (FLS 406 a 466), taller práctico de explicación de condiciones inseguras. Entrega de dotación y elementos de protección al actor en diferentes momentos de la relación laboral (fls 469 a 478), proceso de inducción (fls 479 a 482).

También se allegó informe del accidente de trabajo, en el que se precisa qué: el 21 de abril de 2014 el actor se dirigía hacia Barranquilla, a las 11pm aproximadamente se orilló a descansar y al descender del vehículo se resbaló y cayó sobre su hombro izquierdo, en ese momento estaba lloviendo y manifestó que el incidente se generó por descuido y fatiga (fls 483 y 484), en los folios 486 a 492, se allegaron órdenes

médicas y la historia clínica del actor, capacitación – sensibilización de procedimiento ascenso y descenso y uso de botas punta de acero (fl 994). En folios 496 y 497, obra indemnización por incapacidad permanente parcial por la PCL del 28.25% la que ascendió a la suma de \$33.443.785,17 y por último se debe resaltar que el despacho comisionado para la recepción de las pruebas testimoniales de Fabian Orlando Mejía y Fausto Alexis Rojas en auto del 11 de julio del 2019 señaló que no fue posible evacuar dichas evidencias por inasistencia de las partes convocadas.

Del **interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada**, se resalta que los vehículos como los que maneja el actor son monitoreados mediante GPS, hay lugares en los recorridos donde se hace control al vehículo y al conductor, ellos cuentan con una línea de atención 24 horas, y hay puntos de cargue y descargue de la mercancía que se transporta actividad en la que no interfieren los conductores. También cuentan con puntos de descanso además de las restricciones de horario de circulación. Los vehículos cuentan con un botón de pánico para caso de accidente, a ellos se les suministra la dotación necesaria y se les capacita para la realización de sus funciones de forma segura. La empresa se enteró del accidente que sufrió el demandante mediante escrito del 28 de abril del 2012 y posteriormente reubicó al trabajador según las indicaciones dadas por la ARL en oficio distinto a la conducción, donde se le mantuvo el salario pactado, pero ya no le pagaban bonificaciones u horas extras porque no se causaban.

El demandante OSWALDO ENRIQUE RIVERA en su interrogatorio de parte indicó que ha sido conductor de camión desde el año 1993, su contrato de trabajo con la demandada cuenta con unas cláusulas sobre seguridad social en el trabajo, respecto de las cuales afirma nunca recibió capacitación. La empresa le suministro botas de seguridad antideslizantes, pero no las estaba utilizando cuando sufrió el accidente porque él es conductor de carga seca (como hierro o chatarra y no de líquidos), reportó el suceso 6 días después ya que tenía muchas labores por realizar y el médico que lo chequeó no lo hizo en la primera cita ya que este no le preguntó a profundidad sobre dicho aspecto. Señala que fue reubicado en el cargo de auxiliar administrativo conforme lo determinó la ARL. Respecto a las circunstancias del accidente dijo que llevaba más de 5 horas manejando sin descanso y estaba lloviendo, no reportó el accidente de una vez porque el coordinador de la empresa lo estaba acosando, además consideró que no había sido algo muy grave.

La testigo Cindy Liseth Ramírez Castañeda, (Líder nacional de seguridad y salud en el trabajo de la demandada), dijo que el demandante fue vinculado en el

año 2012, se realizó junto con otros trabajadores la investigación del accidente de trabajo donde se determinó que el conductor se cayó del cabezote del vehículo, en ese momento no contaba con los elementos de seguridad otorgados por la empresa, los zapatos utilizados fueron unos tenis y a pesar de que estaba lloviendo el trabajador no realizó el procedimiento oportuno para el descenso del vehículo, el siniestro fue reportado 7 días después de su ocurrencia estando todas esas actuaciones contrarias a lo impartido en las capacitaciones. Explica que las botas antideslizantes a pesar de que podían ser un poco pesadas debían ser utilizadas ya que cubrían al conductor de resbalarse o de sufrir daños si le caía algún objeto.

La testigo Claudia Helena Bernal (compañera de trabajo del demandante) manifestó que el actor sufrió un accidente de trabajo cuya justificación para no reportarlo fue haber creído que no había sido nada grave, este no portaba la dotación correspondiente al momento del accidente, según su manifestación ni siguió el procedimiento de descenso que le fue enseñado en la inducción brindada por la empresa, por lo que estuvo incapacitado 9 meses debido a sus lesiones y posteriormente fue reubicado para realizar funciones administrativas pero con cambios en sus ingresos salariales, esto porque los conductores tienen ingresos adicionales por horas extras fijas, sin embargo tales pagos permanecieron un tiempo a pesar del cambio de funciones del demandante (de conductor al cargo administrativo) lo que ocurrió por un error de un trabajador que manejaba la nómina de la empresa.

La testigo Diana Zoleidy Fernández (líder nacional de nómina de la empresa) señaló que al ella ingresar a la compañía demandada ya habían reubicado al demandante en el cargo de auxiliar administrativo, al que se le paga el básico más el auxilio de transporte, por omisión de ella (testigo) se le siguieron cancelando al actor las horas extras que se reconocían a los demás conductores, entre ellos el actor, circunstancia que fue advertida mediante comunicación en 2017, momento en que la empresa determinó suspender definitivamente esos pagos a los trabajadores conductores reubicados.

Del análisis conjunto de las diferentes pruebas allegadas, se ha de indicar que está plenamente demostrada la ocurrencia del accidente de trabajo y el porcentaje de PCL. En cuanto a la responsabilidad de la demandada en la ocurrencia de tal siniestro, precisa La Sala que el material probatorio permite colegir que la llamada a juicio no faltó a ninguno de sus deberes a cargo para que proceda la indemnización plena de perjuicios deprecada, ni expuso al demandante a algún riesgo

desproporcionado, ya que la empresa demostró haber cumplido a cabalidad con su deber de protección y seguridad con el trabajador, prueba de ello son los constantes monitoreos vía GPS precisamente para evitar el factor fatiga en los conductores, el suministro de botas de dotación especiales para el trabajo del actor y la inducción en la manera en que debe ascender y descender del vehículo, tal como lo explicó la testigo Cindy Liseth Ramírez Castañeda - Líder nacional de seguridad y salud ocupacional, quien enseñó que al descender o bajar del carro el conductor se debe asegurar por lo menos con los dos pies en el estribo y una mano en la manija de la cabina o, dos manos en la manija de la cabina y un pie en el estribo con lo que se garantiza un desplazamiento seguro; sin que se evidencie en el subitem que el demandante hubiera reparado en estos aspectos pues sobre ellos guardó silencio.

Ahora el apelante edifica la ocurrencia de su accidente en el hecho de que su empleador nunca le enseñó el episodio ya explicado (subir y bajar del carro), el que además de estar acreditado, tal manifestación raya con las reglas de la lógica y sana crítica, pues no se puede pasar por alto que el demandante en el asunto lleva más de 20 años de experiencia como conductor de éste tipo de vehículos, por lo que a estas alturas resulta irrisorio pensar que tan básico proceder en el desarrollo de sus funciones no lo tenga claro. Tampoco es de recibo el argumento de que la empresa en ejercicio de su poder subordinante, debió iniciar algún tipo de actuación contra el trabajador al evidenciar que éste prestaba sus servicios sin las botas asignadas, pues de una parte la empresa no tiene el alcance de establecer qué calzado utiliza el conductor en el desarrollo de sus desplazamientos y de otra, tal manifestación lo único que hace es revelar el grado de irresponsabilidad e inobservancia de los parámetros mínimos que debe tener en cuenta para desempeñar las funciones asignadas. Así las cosas, concluye La Sala que el accidente de **OSWALDO ENRIQUE RIVERA**, quien resbaló del vehículo al descender de éste, se generó por la precipitación del demandante, quien también está obligado a actuar con prevención y diligencia, máxime cuando las condiciones climáticas le exigían un mayor cuidado en su desplazamiento, infortunio en el que no tuvo ninguna responsabilidad la demandada.

Suficientes resultan estas consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS. – La de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de noviembre de 2019, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. COSTAS. – La de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho para las partes demandante y demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR GAITAN



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO: JOSE WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LAURA MARÍA
HERNÁNDEZ GARCÍA EN CONTRA DE GRUPO ÉXITO.**

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

Teniendo en cuenta que el suscrito, en su calidad de Juez Primero Laboral del Circuito de Ibagué, conoció del proceso de la referencia, se declara impedido para intervenir en esta oportunidad dentro de la referida actuación, al tenor de lo dispuesto en el numeral 23° del artículo 141 del CGP, esto es, haber conocido del proceso y realizado actuaciones en instancia anterior.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LAURA MARÍA HERNÁNDEZ GARCÍA
CONTRA GRUPO ÉXITO Rad. 2018 – 00039 - 01 Juz. 28.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021),
procede el suscrito a dictar el siguiente;

AUTO

Como quiera que el Dr. **JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA** presentó impedimento con fundamento en el numeral 2¹ del art. 141 del C.G.P., el suscrito lo encuentra fundado, por lo que se acepta y se procede dictar la siguiente;

SENTENCIA

LAURA MARÍA HERNÁNDEZ GARCÍA demandó a **GRUPO ÉXITO** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 48 y 49.

- Contrato de trabajo.
- Prestaciones sociales.
- Vacaciones.
- Auxilio de transporte.
- Trabajo suplementario.
- Indemnización moratoria.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 49 y 50. El día 13 de julio de 2012 firmó contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de auxiliar operativa puesto de pago Éxito en la ciudad de Bogotá, su salario fue de \$614.000 más auxilio de transporte para un total de \$684.000 mensuales. Desarrolló sus actividades con normalidad, recibió órdenes de Martha Lucia López y Carlos Alberto Zamudio en el horario de 7AM a 10 u 11PM según el caso, trabajó también los sábados sin que se le reconociera la totalidad de horas extras laboradas. Argumentó que fue despedida sin justa causa el 4 de octubre de 2013 cuando fue obligada a firmar un documento denominado "*despido de mutuo acuerdo*" momento en el que se le amenazó de emitir malas referencias a futuros empleadores. Aseveró que su liquidación de

¹ 2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

prestaciones sociales ascendió a la suma de \$815.529, valor que fue deducido por el fondo de empleados de la demandada, por lo que no recibió ningún pago por concepto de liquidación de su contrato.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué y corrido el traslado, la accionada **GRUPO ÉXITO** contestó en los términos del escrito visible a folios 94 a 99 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los extremos laborales, el tipo de contrato, el cargo desempeñado y el lugar de trabajo.
- Formuló como excepción previa; falta de competencia, la cual se declaró probada por lo que el proceso fue remitido a la ciudad de Bogotá y correspondió por reparto al juzgado 28 laboral del circuito de esta ciudad.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, pago y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que absolvió a la demandada al haberse acreditado los medios exceptivos formulados por la demandada, que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada y pago. Llegó a esta determinación al no advertir que la actora haya cumplido con la carga probatoria en relación a las horas extras conforme a lo enseñado por la SL CSJ, ya que no basta con afirmar su causación para que sean exigibles. Además, se demostró que la demandada cumplió con el pago de las prestaciones sociales durante la vigencia del contrato, las cuales fueron consignadas y pagadas de manera proporcional al tiempo laborado por HERNÁNDEZ GARCÍA. Absolvió de la indemnización por despido sin justa causa pues conforme el dicho de los testigos se acreditó que el contrato feneció por renuncia de la trabajadora, y tampoco se evidenció que ella hubiese sido forzada a tomar esa decisión.

Recurso de Apelación

La apoderada de la demandante no está de acuerdo con la sentencia porque la juez no tuvo en cuenta el principio de favorabilidad que se aplica al trabajador en caso de dudas, ni tampoco el de la buena fe, considera que se vulneró su debido proceso al haberse escuchado solamente a los testigos de la contraparte. Resalta que nunca autorizó la retención de su liquidación de prestaciones para asumir la deuda que tenía con el fondo.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Las partes reiteraron lo manifestado en la demanda, contestación, alegatos de conclusión de primera instancia y el recurso presentado.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si la demandante tiene derecho al pago de las prestaciones sociales, las cuales fueron descontadas para financiar pagos que la demandante tenía pendientes con el fondo de empleados de la empresa, así mismo se va a estudiar si la juez vulneró los derechos de la demandante al atender los testimonios rendidos por la contraparte y si se faltó al principio de favorabilidad y buena fe.

En el proceso no se controvierte el vínculo laboral que unió a las partes, los extremos del contrato, cargo, salario, la forma en que culminó el contrato ni la deuda de la accionante a favor del FONDO DE EMPLEADOS. En ese orden se procede con la valoración del material probatorio, el que consiste en: Certificación laboral del 18 de octubre de 2013 (fl. 2), liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales por la suma de \$815.529 (fl. 3), liquidación de retiro efectuada por el fondo de empleados de la demandada Grupo Éxito junto con recomendaciones al momento del retiro de la compañía (fl 5), factura donde consta la compra de una lavadora marca Haceb por parte de la demandante (fls. 4 a 6), comprobantes de pagos a seguridad social de los últimos 3 meses (fl. 7) y certificado de existencia y representación legal de la demandada (fls. 8 a 47).

La llamada a juicio, allegó, la misma certificación laboral ya referida (fl. 100), dos derechos de petición radicados por el apoderado Grupo Éxito ante el FONDO DE EMPLEADOS PRESENTE en el que solicitó soportes de deuda de la trabajadora (fl. 101), allí requiere "*La fecha en que PRESENTE recibió de ALMACENES ÉXITO S.A. la suma de dinero \$815.529 para abonar a las obligaciones pendiente de pagar por parte de LAURA MARÍA HERNÁNDEZ GARCÍA con C.C. No. 1110546188 adjuntando los soporte de las autorizaciones para deducciones o descuentos firmados por la ex trabajadora*" respuesta que milita a folio 174, y en la que se indica que "*el día 21 de octubre de 2013 se recibió de ALMACENES ÉXITO S.A. por concepto de liquidación de prestaciones sociales de la señora LAURA MARÍA HERNÁNDEZ GARCÍA con c.c. No. 1110546188 la suma de \$714.504, la cual fue abonada a su respectiva deuda como consta en el pagaré y la libranza firmada con PRESENTE*" documento que reposa a folio 111, en el que en efecto milita pagaré suscrito por la actora a favor del FONDO DE EMPLEADOS PRESENTE, autorización para realizar pagos, creación de cuenta de nómina, marcación de la excepción de gravamen, y al anverso se ubica la carta de instrucciones para diligenciar el pagaré y la libranza con sus condiciones. También se cuenta con comunicación dirigida a la AFP PROTECCIÓN S.A. en el que

requiere soporte de consignación del auxilio de cesantías (fl. 102), contrato de trabajo a término inferior a un año suscrito el 13 de julio de 2012, cuya vigencia iba hasta el 10 de octubre de ese año – clausula quinta (fl. 103 y 104), liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales (fl. 105), carta firmada por la trabajadora donde precisa que el Grupo Éxito se encuentra al día en aportes a seguridad social (fl. 106), estado de cuenta de deducciones realizadas por el Fondo de Empleados a la trabajadora (fls. 107 a 110), autorizaciones de descuentos por nómina firmados por la HERNÁNDEZ GARCÍA de fechas 18 de agosto, 12 y 21 de septiembre, 8 de octubre, 2 y 20 de noviembre de 2012; 12 y 15 de enero, 24 de junio, 16, 18, 23 y 26 de julio y 16 de septiembre de 2013 (fls. 112 a 125), y certificado de existencia y representación legal (fls. 127 a 161).

En el interrogatorio de parte rendido por **LAURA MARÍA HERNÁNDEZ GARCÍA** ella precisa que presentó renuncia porque se encontraba en embarazo y tuvo largas jornadas de trabajo, a veces no tenía posibilidad de almorzar o sentarse y se le expidieron varias incapacidades que molestaron a su jefe. A la exhibición de la liquidación de prestaciones sociales, expuso que no supo con exactitud que le pagaron y por qué razón le descontaron esos valores, acepto que solicitó un préstamo al FONDO DE EMPLEADOS PRESENTE para comprar una lavadora, pero desconocía que le descontarían la cuota directamente de nómina. Sus cesantías fueron consignadas en PROTECCIÓN S.A. pero nunca supo el valor de ellas, su horario fue de 7AM a 3PM pero que siempre salía muy tarde por las labores realizadas. Presentó 4 inasistencias justificadas por su estado de salud.

Del testimonio de **SUGEY PARDO CLAROS**, (jefe de recursos humanos desde el año 2011), se tiene que conoció a la demandante por varios años en el cargo de auxiliar operativa en puestos de pago, la accionante inició su relación laboral en 2012, sus funciones eran atender a clientes, registrar los productos, recibir pagos, entre otras, el horario era por turnos de seis horas rotativos de lunes a sábado, las horas extras se causaban entre semana y se pagaba la jornada complementaria hasta llegar a 12 horas, se hacía la programación de domingos y festivos turnos que también eran remunerados. La demandante renunció voluntariamente al manifestar que no tenía quien cuidara de sus hijos por lo que se iba a radicar en la ciudad de Ibagué. El departamento de nómina es el que se encarga del pago de la liquidación, no supo de otra razón que motivara la renuncia de la trabajadora. expuso el trámite de préstamos con el FONDO DE EMPLEADOS el que consiste en firmar un pagaré para que, en caso de retiro, se autorice el descuento de lo adeudado de la liquidación de prestaciones sociales. El FONDO DE EMPLEADOS es diferente e independiente de la demandada, la afiliación allí corresponde a una decisión individual de cada trabajador, reiteró que nómina es quien se encarga de la liquidación de la trabajadora y que conoció a Martha Lucia López quien es líder de un área dentro de la compañía.

La testigo **MARIA LIGIA GALINDO GALINDO** (auxiliar de gestión humana, ahora líder de puestos de pago) trabajó con la demandante y fue quien recibió su carta de renuncia, la cual presento porque ella (demandante) se iba a vivir a Ibagué. El horario de la demandante fue rotativo y comprendía 36 horas semanales, no sabe si trabajo horas extras, el cargo desempeñado por la actora era auxiliar operativo

puestos de pago, el área de nómina es la encargada de elaborar y pagar la liquidación de prestaciones, su responsabilidad consiste en reportar si hay novedades y nómina se encarga de lo demás. Ahora, conforme el audio que reposa a folio 181, se advierte que, al surtir la etapa de práctica de pruebas, la apoderada de la parte actora solicitó el aplazamiento para recepcionar sus testigos, petición a la que no accedió la juez, sin que se advierta que para ese momento la interesada hubiese interpuesto los recursos de ley con el fin de que se llevara a cabo la práctica de sus pruebas, razón por la cual se continuó con el debate respectivo, actuaciones que no constituyen una vulneración a su debido proceso, ya que la actora contó con la oportunidad de objetar ésta decisión conforme el numeral 4 del art. 65 del CPTSS, respecto de lo cual guardó silencio. Por otro lado, en lo que atañe al descuento que se efectuó conforme el pagaré que la demandante firmó a favor del FONDO DE EMPLEADOS PRESENTE, del que ella también hizo parte, se tiene tal deducción está ajustada a derecho, en armonía con lo ordenado en el artículo 149 del CST, que dispone:

"ARTICULO 149. DESCUENTOS PROHIBIDOS. 1. *El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento. (...)"*

En consecuencia, la devolución de lo descontado al existir autorización expresa de la trabajadora no es procedente, como quiera que en el proceso la demandante acepta que firmó un pagaré a favor del FONDO DE EMPLEADOS PRESENTE, con lo que se concluye que el actuar de la demandada al redireccionar el valor correspondiente de las prestaciones sociales, no es un obrar irregular ni está al margen de la ley, pues se reitera la privación de ese pago, obedeció a la autorización previamente establecida. Finalmente, en lo que respecta a la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en los artículos 53 Constitucional y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de optar por la situación más favorable al empleado en caso de duda en la aplicación e interpretación de las leyes, precisa La Sala que en el asunto no se configura tal situación fáctica, pues aquí no hay una norma que admita varias interpretaciones, y en lo que incumbe a la buena fe, es de recordar que tal principio implica un actuar con lealtad en todas las relaciones jurídicas del que se espera que todos procedan de la misma forma. En esa medida al observar las pruebas que se recaudaron, La Sala no advierte que en proceso se faltó a este compromiso, ni mucho menos que se evidencia un proceder contrario al orden jurídico, por lo que este principio no fue quebrantado.

Bajo los anteriores razonamientos, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte **demandante**, fíjense como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos (\$500.000).

DECISIÓN

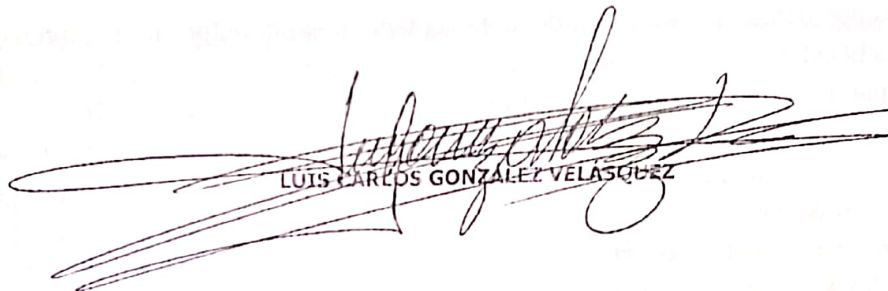
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

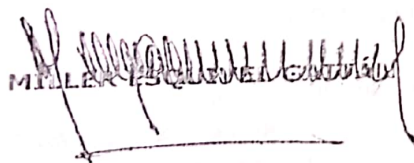
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020, por la juez 28 laboral del circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. – COSTAS las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte **demandante**, fíjense como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos (\$500.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



MILLER ESCOBAR

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FLOR MARÍA QUINTERO ÁLVAREZ
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 – 00226 - 01 Juz. 33.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

FLOR MARÍA QUINTERO ÁLVAREZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 2.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- Reconocimiento y pago de pensión de vejez.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 y 3. Cotizó en el ISS desde el 12 de abril de 1984 hasta el 3 de abril de 2004 un total de 595 semanas. Diligenció formulario de afiliación con PORVENIR S.A. el 29 de marzo de 2004, momento en el que recibió información incompleta y sesgada sobre las ventajas y desventajas del traslado al RAIS, como por ejemplo que el fondo privado accedería a una pensión de monto mayor y a una edad más temprana que en el RPM. La AFP realizó una

proyección pensional, cuyo resultado fue que su mesada pensional sería en un 70% menor a la que accedería en el ISS hoy COLPENSIONES, por lo que solicitó ante COLPENSIONES el 5 de mayo de 2017, afiliación al RPM y reconocimiento de pensión de vejez, misma fecha en la que solicitó a PORVENIR S.A. la invalidación de la afiliación y el traslado a COLPENSIONES, ambas solicitudes fueron resueltas de manera negativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 48) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a fls. 51 a 63.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, las solicitudes elevadas al fondo público y privado y las respuestas negativas en ambos casos.
- Formuló como excepciones de mérito; error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visible a fls. 90 a 98.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó lo relativo a la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud elevada y la respuesta brindada.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DE LA AFILIACION de FLOR MARÍA QUINTERO ÁLVAREZ identificada con C.C. No. 51.589.360 de Bogotá al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., y con esto a la afiliación realizada el 29 de marzo de 2004.

SEGUNDO: DECLARAR que la Sra. FLOR MARÍA QUINTERO ÁLVAREZ actualmente se encuentra afiliada en forma efectiva a la administradora del Régimen de Prima Media con prestación Definida COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de FLOR MARÍA QUINTERO ÁLVAREZ a COLPENSIONES, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones o gastos de administración que se generaron durante la afiliación.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a pagar los gastos de administración ordenados en el ordinal tercero, los cuales serán asumidos a cargo de su propio patrimonio, teniendo en cuenta que fue ésta la entidad que dio lugar al acto declarado ineficaz. CONMINAR a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ellas hubiere lugar, lo cual incluye los gastos de administración y comisiones previamente referidos.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como REACTIVAR la afiliación de FLOR MARÍA QUINTERO ÁLVAREZ.

SEXTO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento de la Pensión de vejez consagrada en el Art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Art. 9 de la Ley 797 de 2003, a favor de FLOR MARÍA QUINTERO ÁLVAREZ, a partir del 1 de noviembre de 2020, por 13 mesadas al año, teniendo como primera mesada pensional para el 2020 la suma de \$11'262.912, siempre y cuando no se hayan realizados cotizaciones con posterioridad al ciclo de octubre/2020. En tal caso, se autoriza a Colpensiones a que determine el monto de la mesada pensional desde el ciclo siguiente a la última cotización.

SEPTIMO: DETERMINAR cómo retroactivo pensional cuantificado desde el 1 de noviembre de 2020 al 31 de marzo de 2021, la suma de \$68'121.471, sin perjuicio de los dispuesto en el ordinal sexto.

OCTAVO: DETERMINAR cómo mesada pensional para el año 2021 la suma de \$11'444.245.

NOVENO: CONDENAR a COLPENSIONES a INDEXAR las sumas objeto de condena desde el momento de su causación y hasta que se haga efectivo su pago.

DECIMO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción e inexistencia del derecho respecto de la pretensión de ineficacia del traslado y de reconocimiento pensional, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DECIMO PRIMERO: CONMINAR a COLPENSIONES y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a raíz de los procesos de ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

DECIMO SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., se fijan como Agencias en Derecho la suma de CUATRO (4) S.M.L.M.V.

DECIMO TERCERO: Si esta providencia no es apelada por parte de COLPENSIONES, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el Superior.”

Llegó a esta determinación luego de corroborar que no se le informó de manera completa y suficiente a la demandante las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, que la información fue parcial y acorde a los intereses del fondo privado, como lo es el hecho de indicar que en el RAIS los aportes generan

unos rendimientos y que se podía pensionar a menor edad, sin aclarar bajo que monto se podía pensionar o que requisitos debía cumplir para acceder al beneficio. Respecto del derecho pensional indicó que desde el año 2016 cumplió con los requisitos indicados en la Ley 100/93 para adquirir la pensión (edad y semanas cotizadas), sin embargo, como siguió con sus cotizaciones al sistema, tomó como fecha de causación del derecho el mes de noviembre de 2020, conforme a que la última cotización conocida data de octubre de 2020, sin embargo, otorgó la facultad a COLPENSIONES de que si existen cotizaciones posteriores sean ellos quienes determinen el valor de la mesada pensional, la cual, en este caso se tomó conforme al promedio de los últimos 10 años de cotizaciones. Declaró no probada la excepción de prescripción e inexistencia del derecho respecto de la pretensión de ineficacia del traslado y de reconocimiento pensional, bajo el argumento de que como el derecho se declara desde el mes de noviembre de 2020 no se ha cumplido con el término de 3 años que la Ley dispone.

Recurso de Apelación

AFP PORVENIR: Inconforme con la decisión de declarar la ineficacia de traslado sostuvo que el mismo fue válido, además que la información brindada fue clara y suficiente, por otro lado, que no existió vicio del consentimiento que soporte la declaratoria de nulidad o ineficacia. De otro lado, expuso que los gastos de administración son valores que ya se causaron, originados de una disposición legal y no se encuentran en cabeza del fondo privado, por lo que solicita se revoque la orden de devolver los mencionados valores.

COLPENSIONES: Indicó que la demandante no contaba con una expectativa legítima ni era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no asistía en el caso la inversión de la carga de la prueba. Por otra parte, considera que hubo una desproporcionalidad probatoria a favor de la demandante, porque se accedió a las pretensiones solo con su declaración de que no fue informada completamente, desconociendo el formulario de afiliación válido y las cotizaciones hechas a lo largo del tiempo. Solicitó que se revise en el grado jurisdiccional de consulta las demás condenas (pensión, retroactivo e indexación).

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: indicó que no debe pasarse por alto la omisión de la AFP, frente a su deber de información, pues era su obligación brindarle las características del régimen al que se trasladaba y las consecuencias que le acarrearían tal decisión, sin que en el proceso Porvenir haya demostrado el cumplimiento a ese deber. Concluyó, que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, como quiera que cuenta con la edad y la densidad de semanas exigidas en la Ley 100/93, prestación que debe ser reconocida por Colpensiones una vez la administradora traslade todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Parte demandada:

AFP PORVENIR: adujo que no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declare la nulidad del traslado, pues por el contrario del formulario de vinculación se advierte, que la actora se afilió a esa AFP de forma libre y voluntaria, razón por la que considera improcedente su retorno al RPM. Pide no se ordene la devolución de la comisión de administración, ya que tal emolumento está autorizado por la Ley.

COLPENSIONES: no está de acuerdo con la decisión del A quo, pues no es dable invertir la carga de la prueba, pues compete a la demandante probar lo alegado, por lo que considera que el traslado de régimen se hizo conforme a la normatividad aplicable para ese momento.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso en lo que hace referencia a la pensión de vejez, el retroactivo y su indexación.

De igual manera, esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las*

materias objeto del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de los aportes y rendimientos junto con los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 27 a 29, contentiva del derecho de petición radicado el 5 de mayo de 2017, donde solicita la nulidad de afiliación a la AFP PORVENIR, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 21) cuando diligenció formulario de afiliación el 29 de marzo de 2004, afiliación que se encuentra vigente.

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 29 de marzo de 2004 (fl. 21), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quiénes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

momento reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por QUINTERO ÁLVAREZ, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR S.A.), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR S.A. ya que se limitó a manifestar que la accionante diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria y si bien ésta AFP al contestar la demanda y en sus alegatos manifestó que previo al traslado, le suministró a la demandante la suficiente información donde explica algunos de los beneficios del régimen, se demuestra que la entidad no suministró a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, más aun cuando le faltaban solo 14 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante haya permanecido por 16 años en dicho régimen, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de

³ "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

⁴ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero, sin perder de vista que este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación de entregar información parcial no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo.

En lo que respecta a la valoración probatoria efectuada por el juzgador de primera instancia y discutida por COLPENSIONES, es menester recordar que en estos casos le corresponde a la AFP demandada demostrar que la información haya sido clara, oportuna y suficiente previa la suscripción del formulario de afiliación, por lo que es el fondo privado quien debe desacreditar la afirmación de la demandante de que la decisión se basó en información incompleta o insuficiente, situación que para el caso particular no se cumplió, por lo que para La Sala es acertada la valoración probatoria que sustentó la decisión del A quo y como lo mencionó previamente, la jurisprudencia es quien ha dicho que se genera una inversión de la carga de prueba a cumplir por parte de las AFP.

De otra parte, es de advertir que con esta decisión no se afecta el principio de la sostenibilidad financiera a Colpensiones, pues éste se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20206) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que se reitera implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-20207, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración, impartida en contra de la AFP PORVENIR, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual la AFP deberá transferir a COLPENSIONES

todo concepto que recibió y/o descontó en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (COLPENSIONES) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de COLPENSIONES. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[...]

"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."

Pensión de vejez

La actora pretende el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual fue concedida por el juzgador de primera instancia a la luz del Art. 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el Art. 33 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone:

"ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a **cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer**, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a **1.300 semanas en el año 2015.**"

Teniendo en cuenta lo anterior, efectivamente la demandante cumplió con los requisitos normativos solicitados, porque llegó a sus 57 años el 11 de septiembre de 2016 conforme se desprende de la copia del documento de identificación de la demandante (fl. 9) y para dicha fecha contaba con más de 1.300 semanas cotizadas en ambos regímenes, por lo que podía acceder a su prestación de vejez, sin embargo, continuó sus cotizaciones y no manifestó voluntad de retiro del sistema, razón por la cual hasta el momento no se había causado el reconocimiento y pago de la prestación.

Al respecto, cabe aclarar que si bien la demandante en la actualidad cuenta con más de 1.300 semanas cotizadas en su historia laboral consolidada, solo alcanzaría la densidad de semanas exigidas para acceder a la prestación de vejez en el RPM una vez sean transferidos los aportes realizados ante el RAIS, lo que conlleva que no le asista obligación alguna a **COLPENSIONES** en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, hasta tanto la AFP PORVENIR se efectúe el traslado de los aportes, además que esta particular situación impide la liquidación de la mesada pensional. Por lo anterior, una vez **COLPENSIONES** reciba los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, deberá proceder con el estudio del reconocimiento del derecho pensional.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para **REVOCAR PARCIALMENTE** los numerales atinentes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la sentencia apelada y consultada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

DECISIÓN

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

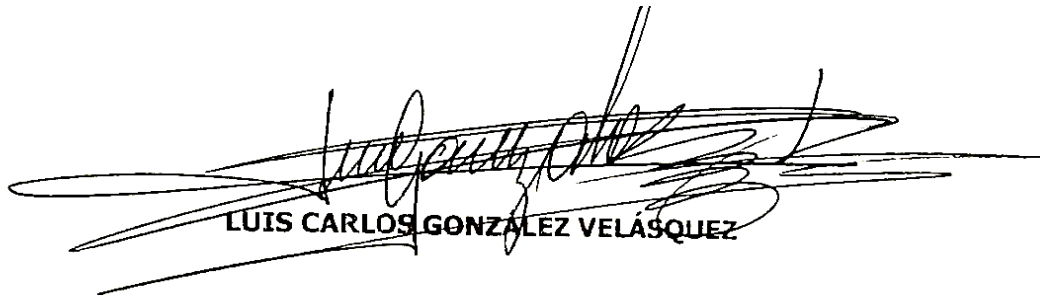
RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR los numerales **SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO y NOVENO** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** una vez reciba los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante proceda con el estudio del reconocimiento del derecho pensional.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

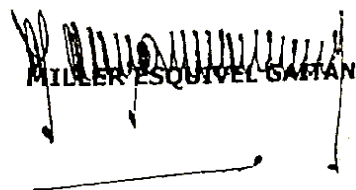
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL PILAR REYES GÓMEZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00242 01 Juz 8.**

En Bogotá D.C., a los nueve (9) días de diciembre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA DEL PILAR REYES GÓMEZ demandó a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 5 a 7.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Pensión de vejez.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 88 a 90. Nació el 6 de abril de 1959. Estuvo afiliada al ISS en el periodo comprendido entre el 6 de abril de 1986 hasta el mes de mayo de 1996, en donde cotizó un total de 450 semanas. Se trasladó al RAIS, mediante la AFP Porvenir. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las

características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. Le fue reconocida pensión de vejez por parte de Porvenir a partir del 2 de agosto de 2017 bajo la modalidad de retiro programado. Solicito ante Porvenir la nulidad de traslado de régimen, la cual comunico le fue negada. Peticiono ante Colpensiones la activación de la afiliación, la cual también tuvo respuesta desfavorable.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad, se ordenó la vinculación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (fl. 176); corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 154 a 160.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la vinculación al RPM y el traslado a Porvenir, el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y genérica,

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó como consta a fls. 86 a 105.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el reconocimiento pensional y la petición de nulidad.
- Propuso como excepciones de fondo; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.
- DEMANDA DE RECONVENCIÓN: pretende se ordene al accionante reintegrar la totalidad de las sumas de dinero que percibió por concepto de mesadas pensionales debidamente indexadas, subsidiariamente solicita sean descontadas esas mesadas del retroactivo pensional.

- CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN: la parte demandante se opuso a la totalidad de las pretensiones.

EI MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, contestó como consta a fls. 183 a 190.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto; la fecha de nacimiento, la vinculación al RPM y el traslado a Porvenir, lo cotizados en el RPM y en el RAIS, el agotamiento de la reclamación administrativa ante Colpensiones.
- Formulo como excepciones de fondo; buena fe y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso **absolver** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la demandante ya cuenta con una prestación reconocida en el RAIS, por lo que conforme a lo dispuesto por la SL CSJ en la sentencia SL 373 de 2021 tiene un status jurídico consolidado y por ello el análisis de las circunstancias en que se dio el traslado de régimen pensional resulta irrelevante dada su condición.

Recurso de apelación

La parte demandante inconforme con la decisión solicita se revoque el fallo en su integridad. Aduce que conforme el Art. 334 constitucional no es dable invocar la sostenibilidad fiscal en aras de menoscabar los derechos fundamentales. Dijo que la sentencia SL 373 de 2021 estudio una situación pensional distinta a la de la actora, como quiera que allí el demandante contaba con una pensión anticipada sin que este sea el caso que nos ocupa. Precisa que el A quo debió ilustrarse y aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al suministro y deber de información. Considera que la sentencia apelada afecta la igualdad de trato, la actora tuvo que aceptar la prestación para poder cubrir su subsistencia. Pide se revise la decisión y se aplique la jurisprudencia reiterada y pacífica de la SL CSJ, así mismo que se aplique lo dispuesto en los art. 271 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: guardo silencio en esta etapa.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** En el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aporte en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por ultimo referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba.
- **PORVENIR S.A.:** solicita se confirme la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de abril de 2021.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 4 de diciembre de 2017 (fls. 34 a 36), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS desde el 27 de marzo de 1996 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 109).

Adicional, a la demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte de la AFP Porvenir (fl. 146) en la modalidad de retiro programado sin negociación de bono pensional, a partir del 2 de agosto de 2017.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 27 de marzo de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (fl. 110), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que

se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

De otra parte, se tiene por acreditado que a la demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte de la AFP Porvenir (fl. 146) en la modalidad de retiro programado sin negociación de bono pensional, a partir del 2 de agosto de 2017, calidad de la actora que constituye una status jurídico.

Frente a la situación jurídica antes planteada, la CSJ-SL en sentencia SL373-2021 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, respecto a la invalidación del traslado de régimen cuando quien demanda es un pensionado, abandono el criterio adoptado en sentencia con rad. 31989 de 2008. Lo anterior, luego de determinar que no es posible que bajo la figura de la ineficacia de la afiliación, el afiliado pensionado en el RAIS regrese al RPM en el mismo estado en que se encontraba previo a su traslado, por tratarse la calidad de pensionado de un hecho consumado, un status jurídico que no es razonable retrotraer, debido a las afectaciones al sistema en su conjunto. Pues reversar el acto del traslado y el reconocimiento pensional, conlleva que sufra la misma suerte todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según la modalidad pensional que se hubiera elegido.

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

En todo caso, se pone de presente a la recurrente que la jurisprudencia antes citada guarda similitud en lo que hace referencia a los supuestos facticos con el caso bajo estudio, como quiera que lo que constituye el status jurídico que impide la declaratoria de nulidad del acto jurídico de la afiliación es el reconocimiento prestacional sin importar la modalidad pensional.

Por lo anterior, a pesar que la AFP Protección no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión al momento del traslado de régimen, por cuanto el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), no hay lugar a declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado por contar el demandante con un status jurídico consolidado que como se expuso, no es posible revertir.

Así las cosas, se **CONFIRMA** en su integridad la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

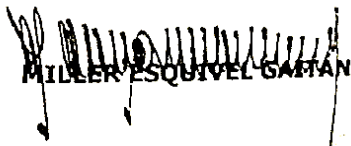
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de abril de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ELFA EMERCY PEÑA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2018 00487 01 Juz 26.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ELFA EMERCY PEÑA PINEDA demandó a la AFP PORVENIR, AFP PROTECCIÓN y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 y 6.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Pensión de vejez.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Nació el 12 de diciembre de 1960. Estuvo afiliada al extinto ISS desde el 11 de marzo de 1985 hasta el 30 de mayo de 1994, donde acumulo 294,29 semanas. Se traslado a la AFP Porvenir, los asesores le dijeron que el ISS desaparecía. No le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una

comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. Nada se le dijo sobre el comportamiento de su cuenta de ahorro individual. En la asesoría se omitió el deber de información. En el mes de julio de 1997 se traslado a la AFP Protección, administradora que tampoco brindo la información. La AFP Protección le realizó la proyección pensional la que arrojó que no contaba con el capital ahorrado necesario para acceder a la pensión. También le fue informado que podía acceder a la pensión de garantía mínima los que no se acompasa con las expectativas creadas con la asesoría al momento del traslado. El 12 de diciembre de 2017 cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez, sin embargo continuo cotizando ante el desconocimiento que esta obligaciones había cesado. La mesada proyectada en el RPM asciende a \$1.120.000. Agotó la reclamación administrativa.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad, y corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 176 a 181.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al extinto ISS, la densidad de semanas acumulada y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepción previa; falta de integración del litisconsorcio necesario.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y genérica.

La AFP PROTECCIÓN S.A., contestó en los términos del escrito visibles en fls. 80 a 94.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la proyección pensional.

- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recurso del sistema general de pensiones y genérica.

La AFP PORVENIR S.A., contestó en los términos del escrito visibles en fls. 199 a 226.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la proyección pensional.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir de fecha 22 de abril de 1994. Ordenó a la AFP Protección trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que las AFP no desplegaron su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostraron haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al momento del traslado de régimen. Reconoció la pensión de vejez a la demandante al encontrar cumplidos los requisitos bajo los preceptos del Art. 33 de la Ley 100 de 1993, la cual se deberá liquidar conforme lo previsto en los Art. 21 y 34 de la misma norma.

Recurso de apelación

La parte demandada PORVENIR inconforme con la sentencia, solicita la revocatoria del literal sexto de la sentencia, esto es la condena en costas. Al efecto señala que se debe presumir la buena fe de esa entidad en su calidad de administradora de fondos de pensiones.

La parte demandada PROTECCIÓN inconforme con la sentencia solicita se revoque la orden de devolver los gastos de administración, como quiera que estos

no están destinados a financiar la pensión de vejez, lo que conlleva un enriquecimiento sin justa causa en cabeza de la demandante. Frente a la prima provisional señala que estos dineros fueron pagados a la aseguradora mes a mes y no es posible solicitar la devolución de estos dineros. También se debe tener en cuenta que estos conceptos gastos de administración y la prima provisional son prescriptibles.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: La AFP PORVENIR S.A., no logró demostrar ni sumariamente el deber de información que les fue impuesto al momento de realizar afiliaciones y traslados en sus clientes, conforme lo establece la Ley 100 de 1993 y que por ende la afiliación del actor se considera ineficaz en todos sus efectos y considerando nulo el traslado de régimen pensional. De igual forma la pasiva AFP PROTECCIÓN S.A., tampoco logró demostrar ni allegar prueba siquiera sumaria que demostrare una información real, eficaz y oportuna a fin de que el demandante tomara la mejor decisión para su derecho pensional a futuro. Que son las AFP del RAIS quienes tienen la carga inversa de la prueba respecto de la información suministrada y que, con las pruebas allegadas y el interrogatorio de parte surtido a instancias, no se logró confesión alguna, más allá de corroborar el yerro de las AFP en la limitada ilustración e información sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** En el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aporte en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por ultimo referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que

se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al acto celebrado.

- **PORVENIR S.A.:** Considera que la AFP cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto, en la medida que aportó los documentos que tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a Porvenir S.A., producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se reitera es un documento que se presume autentico, sino se insiste, con la conducta del afiliado, en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al RAIS.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la devolución de los gastos de administración y la condena en costas a cargo de Porvenir S.A. De igual manera La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso en lo que hace referencia a la pensión de vejez.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 27 de junio de 2018 (fls. 50 a 52), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS desde el 22 de abril de 1994 cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (fl. 19), posterior a ello se traslado a la AFP Protección el 20 de marzo de 1997 (fl. 110), donde se encuentra actualmente vinculada.

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración dentro de los que se encuentra las primas de seguro y los dineros destinados a generar rendimientos impartida en contra de la AFP Protección, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha del 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008¹), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva

¹ "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adocrinó:
[...]

"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."

sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esta ni de Colpensiones (SL2877-2020²).

Prescripción

En relación con el argumento de Protección S.A., en cuanto a que los gastos de administración se encuentran sujetos a la prescripción consignada en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S., La Sala advierte que no acoge los argumentos expuestos toda vez que estos se deducen de los aportes efectuados por el afiliado, y son destinados a la administración de los recursos; de ahí que se espera recibir como contraprestación el pago de una suma adicional, para que así se pueda financiar la pensión. Contrario a lo afirmado por la administradora de pensiones, los gastos de administración no pueden someterse a la prescripción de las acciones laborales, ya que haría nugatorio el derecho pensional que es de carácter imprescriptible.

Pensión de vejez

Se debe precisar que la actora pretende el reconocimiento de su pensión de vejez, a partir del 12 de diciembre de 2017, por consiguiente la normativa a aplicar en principio es la Ley 797 de 2003; disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de las mujeres, el cumplimiento de los 57 años de edad y 1300 semanas cotizadas. Así las cosas, si bien la actora cumplió los 57 años de edad el 12 de diciembre de 2017, tal como se desprende de la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 17), lo cierto es que sólo alcanzaría la densidad de semanas exigidas en la norma cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, lo que conlleva que no le asista obligación alguna a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto por parte de la AFP Porvenir se efectúe el traslado de los aportes, además que esta particular situación impide la liquidación de la mesada pensional. Por lo anterior, una vez Colpensiones reciba los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante

² El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, deberá proceder con el estudio del reconocimiento del derecho pensional.

En cuanto a la petición de no imponer condena en costas a la demandada AFP Porvenir, ésta se despachará desfavorablemente, ya que su condena procede a cargo de la parte vencida de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del art. 365 del CGP.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para revocar parcialmente la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el literal CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para cada una de las entidades apelantes como agencias en derecho.

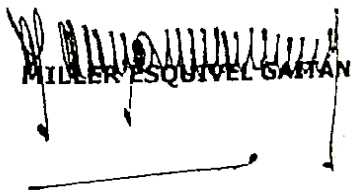
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MILTON PATIÑO RIAÑO CONTRA
EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO RECTIFICADORA DE MOTORES
TÉCNICOS ASOCIADOS E.A.T. Rad. 2018 – 00569 - 02 Juz. 18.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

MILTON PATIÑO RIAÑO demandó a **EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO RECTIFICADORA DE MOTORES TÉCNICOS ASOCIADOS E.A.T.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 5 (demanda) y 89 a 91 (subsanción).

- Contrato de trabajo a término indefinido.
- Terminación del contrato sin justa causa.
- Prestaciones sociales.
- Cesantías.
- Intereses a las cesantías.
- Prima de servicios.
- Vacaciones.
- Horas extras.
- Salarios de los días 30 y 31 de marzo 2017.
- Indemnización moratoria Art. 65 C.S.T.
- Indemnización por despido sin justa causa Art. 64 C.S.T.
- Indexación.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 4 (demanda) y 88 a 89 (subsanción). El 30 de marzo de 2017 inició labores mediante contrato verbal a término indefinido, desempeñó el cargo de operario de cigüeñales. El salario pactado fue de \$1.000.000 mensual y el horario de trabajo se fijó de lunes a viernes de 7AM a 5PM con espacio de media hora para almorzar y los sábados de 7AM a 1PM. Fue afiliado al sistema general de seguridad social hasta el 7 de abril de 2017, le impusieron funciones diferentes al cargo como lavar baños y encargarse del aseo de la planta física de la empresa, además, sostuvo que no le fue entregada dotación ni implementos de protección adecuados conforme las labores a desarrollar, en continuas ocasiones al culminar su jornada laboral tuvo que trabajar hasta una hora y media extra al día, de igual forma, sufrió tratos humillantes y persecución por parte del representante legal de la empresa JAVIER VELASCO y su hermano EDISON VELASCO. Se le adeudan los salarios de los días 30 y 31 de marzo de 2017, los que no se pagaron bajo el argumento de que eran días de inducción y tampoco fueron reconocidos en la certificación laboral expedida el 11 de abril de 2017. El 24 de abril de ese año fue despedido de manera verbal por el señor EDISON VELASCO, por lo que procedió a radicar dos documentos dirigidos a JAVIER VELASCO, representante legal de la compañía, el primer documento fue una carta donde ponía en conocimiento el despido al que fue sometido y el segundo un derecho de petición solicitando, entre otras, el pago de sumas adeudadas por salarios, liquidación de prestaciones sociales e indemnización por despido sin justa causa. El 19 de mayo de 2017 el señor JAVIER VELASCO respondió la petición elevada negando las solicitudes, por lo que procedió el 12 de mayo de 2018, a radicar mediante correo certificado nuevo derecho de petición adjuntando liquidación de prestaciones sociales adeudadas para que procedieran a su pago, solicitud que fue negada mediante respuesta del 6 de junio de 2018.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto del 27 de septiembre de 2019 (fl. 96) y corrido el traslado, la accionada **EMPRESA ASOCIATIVA RECTIFICADORA DE MOTORES TÉCNICOS ASOCIADOS E.A.T.** contestó en los términos del escrito visible a folios 104 a 111.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó lo concerniente al salario pactado, el horario de trabajo, la afiliación tardía a seguridad social, los documentos radicados por el trabajador y las respuestas negando las solicitudes elevadas.

- Formuló como excepciones de mérito; pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 30 de marzo al 24 de abril de 2017, y condenó a la demandada a pagar las siguientes sumas debidamente indexadas; \$66.666,66 por concepto de salarios, \$6.016,66 por cesantías, \$4,01 de intereses a las cesantías, \$6.016,66 por prima de servicios y \$2.777,77 de vacaciones y absolvió de las demás pretensiones formuladas en su contra. Llegó a esta determinación luego de constatar que en efecto la demandada desconoció el pago de salarios y prestaciones de los días 30 y 31 de marzo de 2017 bajo el convencimiento de que el actor estaba en inducción, sin embargo se probó que desde ese momento se encontraba bajo subordinación cumpliendo órdenes. Indicó que no se logró probar la ocurrencia de horas extras causadas, como tampoco el despido sin justa causa, ya que los testimonios recepcionados coincidieron en que el trabajador se retiró de la compañía al estar en desacuerdo por una orden recibida de un superior. Absolvió de la indemnización moratoria, dado que no se probó que la demandada haya actuado de mala fe porque entendió que para los días 30 y 31 de marzo no procedía el pago de salario precisamente al creer que en esas fechas como era una inducción todavía no se configuraba el contrato de trabajo y sus prestaciones fueron canceladas en un término prudencial.

Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante manifestó que si se probaron las horas extras mediante el testimonio del señor Miller Rodríguez, quien indicó que en reiteradas oportunidades debían quedarse después de las 5 PM a desarrollar sus labores, de igual modo se probó la ocurrencia del despido sin justa causa con la declaración de parte de PATIÑO RIAÑO y el testimonio ya mencionado, sostuvo que los testimonios de la demandada contrarían esa afirmación y están sesgados por tener una relación de subordinación vigente con la llamada a juicio, mientras que su testigo es un tercero ajeno a ambas partes e imparcial. Aseveró que si existió mala fe del empleador al desconocer intencionalmente el pago de salarios y prestaciones por los días 30 y 31 de marzo como también por la no afiliación oportuna al sistema de seguridad social, ya que el demandante cumplió con la carga de allegar la documentación que le solicitaron en los términos fijados por la empresa. Tampoco comparte la absolución de la moratoria como quiera que también se acreditó la mala fe del empleador pues se demostró en el proceso la

negligencia del empleador al desconocer los días 30 y 31 de marzo de 2017 como jornada laboral. Finalmente precisa que el A quo no se pronunció de la falta de afiliación oportuna a seguridad social del trabajador.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda e insiste que fue despedido sin justa causa, que existe un periodo en el que la demandada sin ninguna justificación se sustrajo de efectuar los aportes a seguridad social, que la valoración conjunta de todas las declaraciones resultas inconsistentes, alega la mala fe del empleador, reclama el pago de sus prestaciones en debida forma, insiste en la procedencia de la indemnización moratoria y reiteró que el despido fue sin justa causa.

Parte demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la condena por trabajo suplementario, despido injusto e indemnización moratoria. Respecto al ítem aportes a seguridad social, La Sala verifica en las pretensiones expuestas en la demanda y la subsanación que éstas no fueron perseguidas con el proceso. En ésta instancia no se controvierte la declaratoria de un contrato de trabajo, sus extremos, cargo y salario, en ese orden, se procede a analizar cada punto de inconformidad.

Trabajo suplementario

Al respecto, conforme al principio de la carga de la prueba previsto en el art. 167 del CGP y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de la reclamación del trabajo suplementario (horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos) corresponde al trabajador acreditar cual es el tiempo que laboró en esa jornada y que no le fue cancelado por su empleador, ya que no es dable al juzgador efectuar conjeturas o suposiciones para su inferencia. Posición que ha sido determinada por la SL CSJ y decantada en diferentes decisiones entre ellas

la sentencia con radicado No 31637¹ del 15 de julio de 2008 M.P. ISAURA VARGAS DÍAZ, y en sentencia SL9318-2016, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, entre otras precisándose en la última:

"Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas..."

Descendiendo al objeto en controversia es de precisar que el demandante en lo que respecta a las horas extras, indica que estas proceden porque la demandada certificó que el actor tuvo un horario de 7am a 5pm de lunes a viernes y sábados de 7am a 1pm con 30 minutos para almorzar, y en virtud de ello, como el desprendible de nómina de la quincena de abril de 2017 no pagó horas extras, a él se le adeuda un total de 21 horas que se tienen que contabilizar como factor salarial (hechos 21 y 22), no obstante en el asunto no hay un registro de trabajo diario con reporte de llegadas y salidas al trabajo, una minuta o cualquier elemento de convicción que permita establecer cuales días el demandante laboró determinadas horas fuera de la jornada legal establecida, sin que sea dable que el juez entre a hacer un proceso de verificación para determinar la existencia de horas nocturnas, dominicales y festivas trabajadas, pues es este proceso de comprobación el que debe hacer parte actora en aplicación del principio de la carga de la prueba, pues incumben solo a él demostrar a ciencia cierta cuando realizó el trabajo suplementario que no le fue pagado, sin que las declaraciones de terceros o afirmaciones del mismo demandante sean suficientes para acreditar su existencia, pues se reitera su demostración debe ser de tal contundencia de modo que el juez no entre a hacer suposiciones acomodaticias.

Despido Injusto

Para que proceda esta indemnización el trabajador debe probar que su empleador fue quien tomó la decisión de terminar el contrato de trabajo. Sobre este punto la SL CSJ en 42544 del 28 de mayo de 2014, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, precisó que:

" Aunque lo anterior es suficiente para desestimar el cargo, la Sala precisa que el Tribunal en momento alguno le dio un alcance equivocado al artículo 64 del C.S.T., en tanto la causa eficiente por la cual el sentenciador de alzada absolvió a la demandada de la indemnización por terminación del vínculo laboral, no fue la

¹ Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que **el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.**

interpretación de la citada preceptiva, sino el hecho de no encontrar probado el despido, carga procesal que a la luz del artículo 177 del C.P.C., le correspondía al demandante, tal y como lo ha repetido esta Sala de la Corte al precisar que en materia de despidos, sobre el trabajador gravita la carga de demostrar que la terminación del contrato fue a instancia del empleador, y a éste, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde demostrar que el mismo se basó en las causas esgrimidas por él, al momento de dar por terminado el vínculo laboral.”

En ese orden el trabajador no puede retirarse de su trabajo hasta tanto no medie un pronunciamiento por parte del empleador en ese sentido. A efectos de establecer si procede esta condena, se cuenta con las siguientes declaraciones en el proceso:

Interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, quien manifestó que PATIÑO RIAÑO fue el que solicitó trabajo de tornero porque estaba en una situación económica difícil, como en la empresa no había vacantes se le ofreció el cargo de cigüeñales como aprendiz, la empresa siempre contrata desde principio de mes, con el actor no existió contrato laboral escrito ni periodo de prueba estipulado porque se le estaba brindando una capacitación en un cargo que no conocía, no recuerda si el actor fue afiliado a seguridad social desde el día 30 de marzo, el demandante fue quien tomó la decisión de no volver a trabajar más porque Edison lo puso a barrer y el “no era barrendero”, él mismo fue quien tuvo la iniciativa de irse, en ningún momento fue despedido, no se contactó telefónicamente con el demandante luego de su renuncia. Al trabajador se le entregó su dotación (overol y botas), y se le pago la liquidó conforme la Ley. El horario de trabajo fue de 7 AM a 5 PM y los sábados de 7 AM a 11 AM, este dependía del nivel de trabajo pero por estar en capacitación el actor salía a esa hora, se le pagaba un poco más del salario mínimo por su calidad previa de tornero.

MILTON PATIÑO RIAÑO en su interrogatorio de parte, adujo que fue contratado el 30 de marzo de 2017 hasta el 24 de abril de 2017, suscribió un contrato verbal cuyo salario acordado fue de \$1'000.000, refirió que el horario era de lunes a viernes de 7 AM a 5 PM con media hora de almuerzo y los sábados de 7 AM a 1 PM, desempeñó el cargo de operador de cigüeñales, explicó que el motivo de la culminación de la relación laboral fue porque Edison Velasco (a quien le presentaron como hermano del representante Legal de la empresa) lo obligó a hacer el aseo de la fachada de la empresa, él le reclamó porque siempre debía hacerlo y no sus demás compañeros, a lo que se le contestó que “sino le servía entonces que se fuera”, en ese momento llegó el señor Javier Velasco a quien le explicó la situación y dijo que si no hacía la función ordenada debía irse, por esa razón solicitó se le entregara la carta formal de despido la que nunca le entregaron, se le dijo que en ocho días fuera por su liquidación, en ese momento fue cuando decidió enviar la carta indicando que el despido había sido verbal, aclaró que él nunca había abandonado el puesto de trabajo y envió un derecho de petición solicitando el pago de lo adeudado. Sostuvo

que fue afiliado al sistema general de seguridad social el 7 de abril, Edison Velasco era el jefe de personal del taller, retiró su liquidación diez días después de la fecha del despido y dejó una nota de protesta en la misma, por último informó que todos los trabajadores se percataron del despido sufrido incluyendo el señor Miller Rodríguez.

El testigo **MILLER DE JESÚS RODRÍGUEZ PICAZA** (testigo demandante) indicó conocer al actor porque trabajaron juntos en la demandada, dijo que empezó a trabajar en marzo del 2017 (sin recordar fecha exacta porque se encontraba incapacitado para ese momento) no recuerda la fecha de culminación de labores, la actividad del demandante era de "cigüeñalero", la razón de terminación del contrato fue porque lo enviaron a realizar una labor de aseo, él le indicó a quien dio la orden que enviara a otra persona porque tenía mucho trabajo y la persona dijo que así no le servía y que mejor se fuera, por lo que el demandante tomo sus pertenencias y se marchó. Esa orden la dio *"Don Edison quien era el encargado de nosotros prácticamente"*. Manifestó que nunca le informaron que debía realizar tareas ajenas a su función contratada, el testigo trabajó 3 años y medio en la empresa, el horario de trabajo era de 7 AM a 6 PM, trabajaba horas extras, su espacio de almuerzo era de media hora, él no tuvo que hacer el aseo externo de la empresa, solo el interno y en su espacio de trabajo, el trato que daba el Representante Legal de la empresa a sus empleados era bipolar (juez pide aclaración) por lo que testigo refiere que es de temperamento cambiante, que a veces los trataba bien y a veces no. a Edison lo conoce como hermano de Javier Velasco (Representante Legal de la demandada) quien avaló el despido del demandante. Al ser contrainterrogado indicó que su salario y pago de acreencias fue puntual al igual que el pago de su liquidación, fue afiliado al sistema de seguridad social, él estuvo incapacitado pero solo al momento en que inició la relación laboral del demandante con la empresa accionada.

WALTER POMPEYO SACARRAS DÍAZ en su testimonio dijo que no recuerda ni la fecha de inicio y terminación de labores del actor, indicó que el cargo desarrollado era tornero-operario, no conoció los motivos de la terminación del contrato entre las partes, explicó que laboró doce años para la demandada, el trato recibido por Javier Velasco fue normal, bien *"por eso dure doce años trabajando allá"*, su relación con el actor solo fue de compañeros de trabajo, el trato hacía los demás era normal. Al conoce a Edison González como hermano de Javier Velasco. Él no presencié ningún incidente entre Edison González y el actor.

OMAR ALBERTO LOAIZA ROJAS dijo al rendir su testimonio, que laboró veintidós años en la empresa demandada en el cargo de operario, conoció al actor por haber trabajado allí, no recuerda claramente la fecha de ingreso y egreso, el cargo

desempeñado era operario, no conoció el salario percibido, indicó que el motivo de la terminación del contrato fue por ponerse de malgenio y no cumplir una actividad que debía realizar, la actividad era hacerle el aseo a la bodega, los compañeros le pidieron el favor de hacerlo pero se rehusó a pesar de que el jefe de patio Edison González Silva le insistió que lo hiciera, en ese momento el actor dijo que no le pagaban por hacer aseo y que él se iba. Describió que el actor no era muy compañerista, las labores de aseo se deben realizar sin inconveniente porque recibieron el curso de las "5S", por lo que debía estar limpia el área propia de trabajo y la zona común (bodega). Presencio el incidente entre el actor y Edison, éste último le pidió que colaborara a sus compañeros con el aseo de la parte frontal de la empresa, instrucción que no fue atendida.

El testigo JULIÁN CAMILO JOYA OSPINA dijo que está laborando en la demandada desde el 21 de abril de 2017 en el cargo de mecánico de laboratorio DIESEL, distinguió al actor por pocos días, no conoció la fecha de ingreso ni la fecha exacta de retiro porque el testigo estaba *"recién llegado"* cuando eso ocurrió, manifestó que supo que el demandante renunció porque le pidieron que barriera el frente de la empresa y no lo hizo, estuvo presente al momento de los hechos porque todos en el momento estaban haciendo aseo, el actor se negó a realizar la actividad diciendo que a él no le pagaban por barrer a pesar de la solicitud que le hizo el jefe de taller Edison González. Indicó que todas sus acreencias laborales se han pagado puntualmente. La función de hacer el aseo en el área de trabajo y zonas comunes es de todos los trabajadores.

En cuanto a las documentales obra derecho de petición radicado el 24 de abril de 2017 (fl. 12 a 15), donde se pone en conocimiento del Representante Legal el despido verbal junto con certificado de entrega de la empresa Interrapidísimo (fls. 16 y 17), respuesta al derecho de petición junto con guía de envío (fls. 18 a 20), certificado de afiliación a EPS Compensar (fl. 21), certificación laboral emitida por la demandada el 11 de abril de 2017 (fl. 22), desprendible de pago y liquidación de contrato de trabajo (fls. 23 y 24), derecho de petición radicado el 12 de mayo de 2018 con su respectiva guía de envío emitida por Interrapidísimo (fls. 25 a 28) y su respuesta (fl. 29), respuesta a solicitud 3106690060 de registro de llamadas emitida por Claro Colombia (fls. 30 a 50), respuesta a solicitud CUN: 4331-18-003141010 emitida por Tigo Colombia (fls. 51 a 54), liquidación de prestaciones sociales realizada por el consultorio jurídico de la Universidad nacional (fls. 55 a 58), fotocopia cedula de ciudadanía demandante (fl. 59), certificado de existencia y representación legal de la demandada (fls. 60 y 61). Capturas de pantalla revisiones en sistema judicial TYBA de acciones de tutela impetradas por el actor contra otras empresas (fls. 117 a 122), planilla integrada de autoliquidación de aportes de EPS

Compensar (fls. 123 y 124), Resolución 004360 del 15 de diciembre de 2017 emitida por el Ministerio del trabajo (fls. 125 y 126) y Resolución 006449 del 12 de diciembre de 2018 emitida por la coordinadora del grupo de prevención, inspección, vigilancia y control de la dirección territorial de Bogotá del Ministerio del trabajo (fls. 127 y 128).

Conforme lo anterior, La Sala llega a la misma conclusión del A quo, al indicar que en el asunto el actor no cumplió con la carga de la prueba para demostrar el despido y así dar paso a la indemnización deprecada. Si bien se evidenció un impase entre el jefe inmediato del actor y éste, en lo que respecta a la orden de barrer la fachada de la empresa la cual el actor no quiso obedecer, tal punto no puede ser valorado de manera aislada al funcionamiento de las actividades cotidianas de la empresa en la que todos los trabajadores tienen que participar, como lo es, el aseo de los puestos de trabajos y las zonas comunes. Así las cosas, de lo que se tiene certeza fue que al actor no le gusto que le ordenaran una actividad distinta (barrer) a la contratada, no obstante esa circunstancia no desborda poder subordinante del empleador sobre el trabajador, tampoco extralimita su capacidad para ejecutarla, ni se advierte que tal mandato atentara contra su dignidad humana, fuese discriminatorio o intimidante, es más de las declaraciones se concluye que el trabajador fue quien no quiso cumplir la orden (barrer) y se retiró por su propia voluntad.

Indemnización Moratoria

Frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, tal y como lo ha reiterado la Jurisprudencia de la SL CSJ, esta no es de aplicación inmediata, por lo que para su imposición debe tenerse en cuenta la buena fe con la que actuó la demandada². En ese orden, basta con revisar el acervo probatorio para advertir que al actor se le liquidó y pago las prestaciones sociales conforme liquidación de folio 24, documento en el que manifestó que no estaba de acuerdo con la cuantía y que hacía falta la indemnización por despido y horas extras (conceptos que ya fueron analizadas y definidos). Además el actor en su interrogatorio no desconoció el pago de esas prestaciones, y si bien en este proceso la juez ordenó la reliquidación de tales conceptos al declarar el contrato de trabajo desde el día 30 de marzo, (esto es,

² Sentencia 26757 del 1º de marzo de 2006 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas

"En el cargo se acusa al tribunal de haber interpretado de manera errónea el artículo 65 del CST, al no haber condenado al pago de la indemnización moratoria. Cuando el Tribunal manifestó "Ha sido reiterada la jurisprudencia respecto a la aplicación de la indemnización moratoria, señalándose que la misma no es de aplicación inmediata, sino que ella depende de la buena o mala fe con la que actuó el empleador durante o a la finalización de la relación laboral", realizó una interpretación adecuada del artículo en cuestión. Al respecto, es pertinente anotar que el juez ad quem, para confirmar la absolución por la pretensión de la indemnización moratoria no le hizo producir efectos al artículo 65 del CST, que consagra la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, por considerar que en el sub examine se daba la acreditación de buena fe del empleador en la falta en que incurrió por no proceder al pago oportuno de las acreencias laborales. En efecto se ha dicho que la sanción conocida como "salarios caídos", no opera de manera automática, sino que se debe analizar el comportamiento del empleador durante la vinculación y a su terminación, y si de ello se desprende que pudo creer de buena fe que no existía relación laboral, se le debe exonerar de la indemnización moratoria".

corrió dos días la fecha de inicio del contrato) tal aspecto no tiene el alcance para determinar la existencia de la mala fe que se exige para imponer condena por este concepto.

Así las cosas, bajo estas consideraciones La Sala confirma la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte **demandante**. Fíjense como agencias en derecho la suma de trescientos mil pesos \$300.000.

DECISIÓN

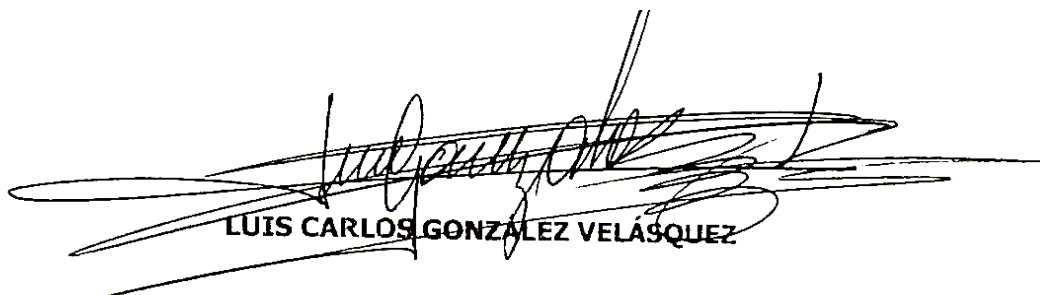
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de diciembre de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la parte **demandante**. Fíjense como agencias en derecho la suma de trescientos mil pesos \$300.000.

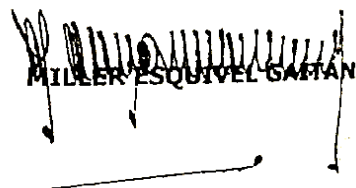
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MARÍA ISAZIGA OSPINA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Rad 2018 00585 01 Juz 10.

En Bogotá D.C., a los nueve (09) días de diciembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

LUZ MARÍA ISAZIGA OSPINA demandó a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 71 y 72.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- Actualización de los valores según la certificación del DANE.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 67 a 71. Nació el 3 de febrero de 1960. Inició sus aportes a la Caja de Previsión Social "FONCEP" desde el 21 de noviembre de 1984 al 31 de diciembre de 1996. Se afilió al ISS el 01 de enero donde cotizó hasta el 31 de diciembre de 1996 un total de 47, con un bono pensional de 627,43 y en el RAIS 551.57 semanas. En febrero de 2001, se trasladó a PROTECCIÓN S.A sin que en ese momento se le informara sobre las implicaciones

del traslado de régimen, no se le informó sobre la posibilidad de retornar al RPM pues solo se le habló de las ventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad. Al efectuarse una proyección pensional su mesada en el régimen de prima media ascendería a la suma de \$1.448.378, valor ostensiblemente superior al que le sería reconocido por Protección. El 23 de marzo de 2018, agotó la reclamación administrativa donde solicitó el retorno al RPM.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible en a folios 93 a 98.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los hechos relacionados con la afiliación al ISS, las semanas cotizadas al RPM y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PROTECCIÓN S.A. en los términos del escrito visible a folios 147 a 156.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó el traslado a esa AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y genérica.

Sentencia de Primera Instancia.

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante a PROTECCIÓN S.A. mediante la suscripción de la afiliación realizada el 28 de diciembre de 2001. Ordenó el regreso automático sin solución de continuidad al

régimen de prima media administrado por Colpensiones, condenó a Colpensiones a recibir, restablecer la afiliación de la demandante y actualizar la historia laboral. Condenó a Protección a entregar a Colpensiones, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hubiesen causado y los gastos de administración de forma indexada. Llegó a esa determinación luego de establecer que PROTECCIÓN no cumplió con el deber de información en los términos descritos por la SL CSJ al momento del traslado de régimen pensional y durante toda la vinculación, pues dicho deber siempre ha existido y es la AFP quien debió suministrar a la afiliada información completa, precisa y detallada. Indicó que la reasesoría recibida por la demandante no convalidó su consentimiento inicial cuando se trasladó al RAIS, por lo que consideró que la afiliación a Protección no proviene de una elección libre y voluntaria de ISAZIGA OSPINA, sin que nada tenga que ver que la actora sea profesional en derecho o que haya sido beneficiaria del régimen de transición al momento del traslado, como quiera que es la AFP quien debe garantizar una debida asesoría a todos los afiliados al SGSS sin distinción alguna. Frente a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, manifestó que al estar intrínsecamente ligada la ineficacia con el derecho pensional, esta debe cobijarse bajo la misma prerrogativa, por lo que es imprescriptible tal como lo ha expresado la SL de la CSJ.

Recurso de Apelación.

PROTECCIÓN S.A. manifestó que no se tuvo en cuenta la totalidad del material probatorio específicamente el anexo 1 y 2 de la asesoría inicial recibida por la demandante junto con el formulario de afiliación, donde la promotora del proceso ratificó haber recibido toda la información necesaria, además de haber manifestado su voluntad de pertenecer a Protección. Indicó que al momento del traslado no era posible realizar una proyección pensional dado que la situación de la actora era variable, sin que tales circunstancias conlleven a la declaratoria de nulidad del traslado por omisión al deber de información. Recalcó que con la reasesoría realizada el 26 de agosto de 2006 y la simulación pensional efectuada para esa data, se demostró el buen actuar y buen consejo de la administradora durante toda la vinculación, ya que conforme a lo informado por ISAZIGA OSPINA en el interrogatorio de parte, se constata que era conocedora de las características y consecuencias de pertenecer al RAIS. Señaló que el actuar de la accionante fue

desinteresado, máxime cuando la afiliada es profesional en derecho, por lo que considera que no puede este excusarse en el desconocimiento de la ley para su propio beneficio. Señaló que no es procedente la devolución de los gastos de administración y los valores por concepto de seguros previsionales dado que dichas sumas están expresamente autorizadas en el art. 20 de la Ley 100/93, y al ordenar el traslado de dichas comisiones se estaría desconociendo la gestión de la administradora y se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, como quiera que tales valores no hacen parte integral de la pensión y ya se encuentran prescritos.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Envío un correo, pero sin adjunto o alegatos.

Parte demandada:

COLPENSIONES: Solicita se revoque la decisión proferida ya que se demostró que el traslado fue realizado de forma libre y voluntaria y se le suministró la información correspondiente a la actora al momento de suscribir el formulario de afiliación a la AFP, por lo que no hay causal de nulidad o ineficacia, o vicio en el consentimiento que invalide dicho acto jurídico. Además, en la actualidad la demandante está dentro de la prohibición legal para trasladarse de régimen pensional, y con el transcurso del tiempo y su forma de actuar, por no dejar de cotizar, se entiende subsanado cualquier tipo de error que hubiese podido suceder.

PROTECCIÓN: Indica que esta entidad siempre ha actuado de buena fe y conforme a la norma, dice que el traslado se realizó por la actora de forma libre y voluntaria, no retornó al RPM a pesar de haber tenido la oportunidad de hacerlo e incumplió a sus deberes de consumidora financiera. Manifiesta que en caso de declararse la ineficacia del traslado no se deben devolver los gastos de administración y primas de seguro provisional, en razón a que los valores de la cuenta de la afiliada fueron invertidos correctamente y su devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones pues se incumplirían las reglas de las restituciones mutuas, además de que a estos valores se les aplica la prescripción pues no están destinados a financiar la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa.

Fue agotada en legal forma como se desprende del escrito que milita a folio 16, de fecha 22 de marzo de 2018, en la que se solicitó el retorno al RPM, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional.

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 28 de diciembre de 2001 cuando suscribió el formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A., tal como se advierte del formulario visible a folio 157. Respecto a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega la nulidad del acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión PROTECCIÓN no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias, circunstancias que se ve reflejada en la posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la demandante el 28 de diciembre de 2001 diligenció una solicitud de vinculación a PROTECCIÓN (fl. 157) con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la trabajadora. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente **autónoma, libre y consciente** si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro,

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la accionante (en este caso PROTECCIÓN), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora a la entidad demandada (SL 2611 – 2020³) a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁴ para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró PROTECCIÓN S.A. pues solo se preocupó por afirmar que el traslado de la demandante fue informado y que la afiliada lo ratificó en lo manifestado por el interrogatorio de parte, no obstante, lo que se advierte es que la entidad no suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de

³ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen

⁴ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual **si era posible efectuar actuariando el mismo IBC** contrario a lo que afirmó la recurrente o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, más aún cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión.

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de que la demandante haya indicado en el interrogatorio de parte que si recibió una reasesoría pensional tal como se advierte del formulario que milita a folio 161, ni mucho menos del "anexo 2" visible a folio 158, pues tales documentos corresponden solo a formatos preimpresos y preestablecidos, por lo que después de efectuados los cálculos y proyecciones pensionales era evidente que NO le era conveniente permanecer en Protección, y que la afiliada no conocía de las características del régimen en el que se encontraba, pues no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la vinculación con la AFP, ya que las proyecciones que obran a folios 159 a 161 no se efectuaron en los términos descritos anteriormente (esto es actuariando el IBC), entonces lo cierto, es que tales circunstancias no lo hacen conocedora de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional, como tampoco el hecho de la amplia preparación académica de la demandante (profesional en derecho), como quiera que es deber de la administradora probar el cumplimiento al deber de información, que **siempre** ha existido y sobre ella es quien recae la carga de la prueba, tal como lo ha expresado en su reiterada y pacífica jurisprudencia la SL de la CSJ. A su vez es importante recordar que no es suficiente, el hecho de brindar información sobre las características generales de dicho régimen, pues esta información sin la **proyección real** del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de la trabajadora quizás hubiese sido distinta.

En lo que respecta al actuar desinteresado de la actora y alegado por Protección, lo que La Sala advierte es una falta absoluta a las obligaciones establecidas por la administradora del fondo de pensiones que precisamente pide la revisión de este ítem, pues claramente ha faltado a sus obligaciones especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente

y oportuna acerca de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido, aunado a que tal y como lo ha expresado la reiterada y pacífica jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, es la AFP quien debe suministrar información **suficiente, clara y veraz al momento del traslado y durante toda la vinculación** y no solo sobre las características del régimen que administra, sino también de las consecuencias que le acarrearía tal decisión a la trabajadora.

Devolución por concepto de gastos de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de recordar que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, **los gastos de administración y comisiones destinadas a la cobertura de seguros provisionales**, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"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."

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a PROTECCIÓN devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, como Protección es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual del promotor del proceso, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración

y seguros previsionales, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período, sin que tal decisión le genere un enriquecimiento injustificado a Colpensiones, pues como ya se dijo es dicha entidad quien debe asumir la administración de los aportes y estudiar el eventual reconocimiento pensional del demandante. En lo referente a la prescripción de los gastos de administración que alega Protección, se precisa que tales sumas no están afectadas por el fenómeno prescriptivo, como quiera que estas deducciones se efectúan con cargo a los aportes efectuados por la afiliada quien pretende a futuro el reconocimiento pensional, derecho que es imprescriptible tal como lo ha expresado la SL CSJ. Finalmente, para la Sala es preciso recordar que como ya se indicó la omisión a la falta al deber de información y asesoría en cabeza de la AFP trae como consecuencia dejar sin valor y efecto el traslado, por lo que las deducciones efectuadas a los aportes de la afiliada, tales como la comisión de administración y seguros previsionales deben ser entregados a Colpensiones, como quiera que el acto de traslado nunca existió, tales sumas no se causaron y la demandante retornó al Régimen de Prima Media.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS:

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para la entidad apelante como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

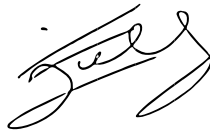
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de junio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para la entidad apelante como agencias en derecho.

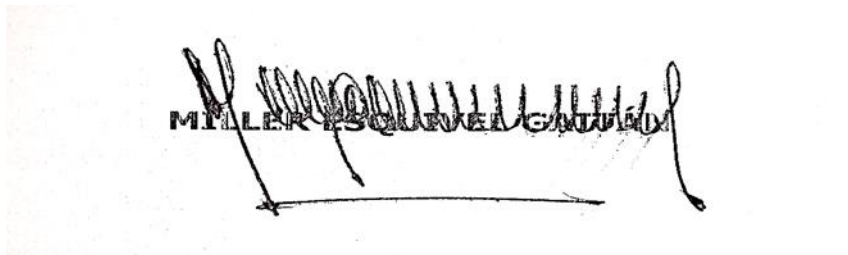
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSE WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SEBASTIAN NARVAEZ NUÑEZ
CONTRA FREEDOM MEDIA S.A. ANTES VICE MEDIA COLOMBIA S.A.S. Rad.
2019 00007 01 Juz 34.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

SEBASTIAN NARVEZ NUÑEZ demandó a **FREEDOM MEDIA S.A.** antes **VICE MEDIA COLOMBIA S.A.S**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios. 121 a 130.

- Contrato de trabajo
- Indemnización por falta de pago de las acreencias laborales.
- Aportes a salud, pensión y riesgos profesionales.
- Salarios.
- Aportes parafiscales.
- Cesantías.
- Intereses a las cesantías.
- Prima de servicios.
- Vacaciones
- Indexación.
- Horas extra, dominicales y festivos.
- Indemnización moratoria.
- Seguro de vida.
- Indemnización por daños morales.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 150 a 165. Sostuvo una relación laboral con VICE Media Colombia S.A.S., actualmente FREEDOM MEDIA S.A.S inicialmente su vinculación fue informal, a partir del 1 de febrero de 2015 y hasta el 1 de febrero de 2018 laboro formalmente. En el mes de mayo de 2014 Nicolas Vallejo Cano editor de música en esa época lo invitó a trabajar a la Revista VICE, el 17 de julio de 2014 publicó su primer texto en la plataforma, colaboró con ellos hasta el 30 de septiembre de esa anualidad, y posteriormente fue contratado como redactor junior mediante contrato verbal desde el 1 febrero de 2015 para redactar artículos, realizar entrevistas, lanzamientos musicales, reseñas y edición de textos para la demandada, cumpliendo así un horario, recibió órdenes, le hacían cambios a sus escritos, realizó actividades adicionales a las pactadas como la asistencia a eventos y velar por el funcionamiento de la plataforma, este vínculo laboral se sostuvo hasta el 30 de junio de 2015. El 1 de julio de 2015, fue contratado verbalmente por un año con un salario de \$1.500.000, su horario era de 9am a 6pm, recibió órdenes de Nicolas Vallejo, sin embargo, este mismo (Nicolas) en septiembre del de 2015 le canceló el contrato de forma unilateral sin previo aviso o justificación; pese a esto la empresa le siguió asignado trabajo hasta diciembre de esa anualidad, pero pagándole por artículo publicado. Fue reintegrado por solicitud de NICOLAS VALLEJO el 1 de febrero de 2016, hasta el 1 de febrero de 2018, en las mismas condiciones laborales que presentaba anteriormente. La empresa le hacía firmar contratos de forma extemporánea, desarrollaba funciones extras a las indicadas en los contratos como de carácter administrativo, fue cambiado su cargo en la compañía en razón a los recortes de personal que hizo la empresa, sin recibir un aumento salarial. Realizó en diferentes ocasiones reclamaciones a la empresa, entre las cuales está el derecho de petición presentado el 27 de abril de 2017 o la cita a conciliación del 25 de julio de 2018, que versaron sobre las horas extras trabajadas y sus demás acreencias laborales, sin embargo, le fueron negadas.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 168) y corrido el traslado la accionada FREEDOM MEDIA S.A, contestó en los términos del escrito visible de fls. 181 a 191.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con algunas entrevistas y artículos presentados por el demandante, los vínculos contractuales del 1 de febrero de 2015 al 31 de agosto de ese año y desde el 1 de febrero de 2016 al 5 de febrero de 2018, los cambios del cargo, las funciones desarrolladas y las solicitudes sobre acreencias laborales que fueron negadas.

- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la subordinación en la relación contractual, prescripción de algunas de las pretensiones solicitadas, violación al derecho de controversia de las pruebas e ineficacia de las mismas, y no aplicabilidad de sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales por existencia de buena fe probada por parte del empleador.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 1 de febrero de 2015 hasta el 31 de abril de 2018 con un salario de \$1.500.000, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó por las siguientes sumas y conceptos:

- Por cesantías \$4.750.000
- Por intereses a las cesantías \$540.000
- Por prima de servicios \$4.500.000
- Por sanción por no pago de intereses a las cesantías \$540.000
- Compensación de vacaciones \$2.375.000.
- Por indemnización del artículo 65 del CST \$36.000.000 que se causa desde el 1 de mayo de 2018 y el 1 de mayo de 2020 y a partir 2 de mayo de 2020 se condena al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a la tasa máxima legal establecida por la superintendencia y hasta que se verifique el reconocimiento y pago total de las obligaciones.
- Por aportes al sistema de seguridad social en pensión desde el 1 febrero de 2015 al 31 de abril del 2018, previo cálculo que realice la administradora de fondos de pensiones.
- Por costas un salario mínimo legal mensual vigente.

Llegó a esa determinación al advertir que se probó lo relativo a la prestación personal del servicio, el cumplimiento de funciones y la remuneración, tuvo en cuenta los contratos, las certificaciones expedidas por la demandada y las cuentas de cobro realizadas por el trabajador. Con los testimonios se demostró que al actor le eran impartidas instrucciones sobre redacción, asistencia a reuniones, cubrimiento de eventos, difusión de artículos y condiciones del cumplimiento de horarios, lo que por consiguiente da cuenta de un trabajo dependiente, regulado y controlado por su superior inmediato, por lo que en aplicación al principio de la realidad sobre las formas se concluía que en el asunto el vínculo contractual entre partes del proceso fue de carácter laboral. En cuanto a los extremos de la relación laboral, al ser contrarias las declaraciones respecto a las fechas y no haber documental que dé

cuenta exacta sobre estas, tomó como inicio de labores el 1 de febrero de 2015 por ser la señalada en la demanda y aceptada en su contestación, y el 31 de abril de 2018 como fecha final por ser ésta la admitida por el representante legal de la entidad. Adujo que los intereses a las cesantías, salarios no pagados y primas de servicios del año 2015 se encuentra prescritos por haber transcurrido un término superior a 3 años desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de radicación de la demanda. De los aportes al sistema de seguridad social en salud y riesgos profesionales recalcó que al tener en cuenta la finalidad de estos y que en el caso en cuestión el demandante no demostró haber incurrido en gastos para su cubrimiento absolvió al empleador de dichos rubros, sin embargo, de las cotizaciones a pensión, por ser estos imprescriptibles condenó su desembolso a la administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, previo cálculo actuarial que realice ese fondo. De los conceptos de auxilio a las cesantías, primas de servicios del 2016 al 2018, intereses a las cesantías de los últimos 3 años laborados, indemnización por no pago de los intereses mencionados, y las vacaciones ordenó su pago por no probar la demandada haber cancelado al trabajador los mismos. Con relación a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST no encontró un actuar de buena fe en cabeza de la demandada por no atender de manera oportuna las acreencias laborales adeudadas a pesar de haber recibido reclamaciones reiteradas por parte del equipo de trabajo (reclamaciones elevadas por el sindicato que conformaron los trabajadores de la empresa). Declaró improcedente la indemnización por despido injusto ya que no se aportó carta de renuncia del trabajador ni se acreditó las razones por las que fue terminado unilateralmente el vínculo contractual por parte del actor. En lo que respecta al pago de horas extras, dominicales y festivos pretendidos adujo la juez que ellos no fueron demostrados en los términos enseñados por la CSJ, pues solamente se solicitó su condena sin aportar prueba alguna sobre ellos, por lo que eximió a la demandada de dichas pretensiones. No impartió condena por los aportes parafiscales ya que no son un beneficio laboral y corresponde a las entidades realizar las actividades de cobro, suerte que corre la pretensión relacionada con el seguro de vida, por no ser un derecho laboral obligatorio y no se especificó "*su consistencia*". También absolvió del perjuicio moral porque no se demostró el hecho generador, el daño y su nexa causal.

Recurso de apelación

EL DEMANDANTE solicitó que se revoque de manera parcial la sentencia proferida en relación con la absolución a las horas extra, dominicales y festivos. Señaló que se probó haber realizado actividades en horario fuera del habitual, aduce que se demostró la asistencia a diferentes eventos en días festivos u horarios nocturnos, como Rock al parque, Festival Estéreo Picnic, Festival Petronio Álvarez, Festival

Altavoz, el Festival El Diablo 2017, Festival Sonar Bogotá, Hip Hop al Parque, Festival Jamming y el Festival Centro, asistencia que se demuestra con las pruebas documentales asignadas a los números 62 a 73, ya que para poder escribir los artículos allí contenidos tuvo que presentarse a los eventos referenciados, que fueron en horas distintas a su horario laboral normal. De otra parte, considera que por hecho de que la demandada se haya negado a reconocer las acreencias laborales esto generó un daño y afección moral al demandante, el que se demuestra con la falta de respuesta al derecho de petición, lo que condujo al trabajador a citar a tres audiencias de conciliación a la llamada a juicio.

LA DEMANDADA pidió se revoque la decisión dictada. Señaló que se declaró una relación laboral en contra de lo probado en el proceso y hubo una indebida valoración probatoria, las reclamaciones realizadas por los empleados se encuentran documentadas y lo dicho sobre el "*pseudo – sindicato*" no corresponde a la realidad y aclaró que en esa oportunidad se referían a la mora en los pagos de unos honorarios que por costumbre eran cancelados anticipadamente a las fechas acordadas en los contratos. Indica que la juez desconoció la confesión que hizo la empresa concerniente a los extremos de la relación laboral. En el caso no se desvirtuó la presunción de buena fe, la entidad actuó correctamente y conforme a la normatividad que regula los contratos de prestación de servicios por lo que estuvo convencida de que el vínculo entre las partes era uno distinto al laboral. Alega que no debe ser condenada en costas porque al resultar improcedentes por no haber prosperado todas las pretensiones del proceso.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pide en síntesis se confirme la decisión de primera instancia ya que el trabajador cumplía un horario, estuvo subordinado y se demostró la mala fe de la empresa con las pruebas presentadas, las cuales no fueron desmeritadas de forma jurídica, además adujo que los testimonios que no se practicaron fue por culpa propia de la demandada.

Parte demandada: Solicita se revoque el fallo proferido en razón a que no se presentó un contrato de trabajo porque en el caso del actor no había subordinación, únicamente se realizaban solicitudes al escritor con el fin de garantizar el cumplimiento del contrato de prestación de servicios. Dice que los testigos tenidos en cuenta en el proceso tienen mala relación con el gerente de la sociedad demandada y por eso declararon de esta forma, sin ser acorde su dicho a la realidad, la juez fue imparcial en el decreto de pruebas y manejo del caso. Manifiesta que su

actuar fue de buena fe y por no consiguiendo no debe ser condenada a la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a determinar si entre las partes existió una verdadera relación laboral, pues de esta declaratoria depende el análisis de los demás puntos en apelación, esto es, si hay lugar al reconocimiento del trabajo suplementario, pago de perjuicios por daños morales, y si resultan procedente las condenas de indemnización moratoria y costas.

De la existencia de la Relación Laboral

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de 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". El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la 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 se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado. Acorde al sustento normativo, corresponde a La Sala examinar el material probatorio allegado al proceso y así determinar si se logró establecer la relación laboral.

En el proceso se recaudaron los siguientes documentales: artículos publicados y realizados por el demandante, junto con los lineamientos para su expedición conforme diferentes correos electrónicos (fls. 5 a 26 – 84 a 90), conversación por chat sobre el desarrollo de un artículo (fls. 27 a 28), escritos de autoría del actor (fls. 29 a 35 – 68 a 69), sus asignaciones salariales (fls. 37 a 48 – 71 a 83), contratos de prestación de servicios (fls. 50 a 51 – 194 a 200 – 209 a 215), constancia de no conciliación ante el Ministerio de Trabajo (fls. 91 a 92), cuentas de cobro del accionante (fls. 203 a 208 – 216).

SEBASTIÁN NARVÁEZ en su interrogatorio de parte indicó que inició a trabajar para la revista en agosto de 2014, en esa época era colaborador externo, para ese momento no cobró su trabajo porque la demandada le manifestó que no tenía presupuesto. En febrero de 2015, se vinculó formalmente a la revista para hacer labores de periodismo musical, para ese momento tampoco se le canceló por sus labores ni prestaciones sociales, aceptó éstas condiciones para hacer publicaciones en un medio reconocido periodísticamente. En septiembre de ese año mediante contrato verbal le dijeron que sus funciones eran las de periodista Senior y tendría que cubrir festivales, entrevistar bandas o al público y realizar artículos, el horario fue de 9am a 6pm de lunes a viernes, su salario ascendió a \$1.500.000 el cual para cobrar debía realizar una cuenta de cobro. Dijo que el editor Nicolas Vallejo fue su jefe inmediato, éste se encargaba de supervisar sus funciones y horarios, así como los permisos e informes para cuando debía ausentarse de su trabajo o retirarse con anticipación. La accionada le facilitaba elementos de trabajo en la oficina independientemente de los acarreos que tuvo la empresa. Adujo que le hacían llamados de atención sus superiores frente a sus compañeros de trabajo o por grupos en redes sociales. Suscribió con la demandada contratos de prestación de servicios posteriores al inicio de sus actividades de trabajo ya que así lo acostumbraba la empresa, sin embargo, lo hacía de forma forzada, en reuniones manifestó a la demandada sobre su inconformidad con esa situación. Señaló que trabajó para la compañía hasta finales de febrero de 2018, porque después se fue a trabajar con Vice Media Internacional, con la que laboró hasta marzo de 2019.

En el interrogatorio rendido por Juan Manuel Peña Echeverry como representante legal de la demandada, explicó que el demandante estuvo vinculado desde el 2014 o 2015 mediante contrato de prestación de servicios, algunas veces contrataban por artículos a éstos periodistas, pero no les daban ordenes, al actor no se exigía horario por ser esa la política de empresa, su último honorario ascendió a la suma de \$1.500.000 y para el pago presentaba una cuenta de cobro, ellos tenían poco contacto porque trabajaban en distintas áreas. Manifestó que los escritores tenían un espacio abierto a su disposición, Juan Camilo Maldonado

verificaba las entregas del actor porque él dirigía esa área, dichos trabajos se publicaban en una revista física de circulación mensual o en un portal virtual, y eran fijados según los temas determinados en las reuniones, así como el tiempo necesario para hacerlos. Adujo que otorgaban un servicio de transporte para las cámaras y elementos necesarios para cubrir los eventos, pero si lo requerían los escritores los llevaban, sin embargo, ellos solían llegar por su cuenta. Indicó que el demandante dejó de cumplir sus servicios en abril de 2018 por tener una relación con la casa matriz, la cual intentó llevarse a los trabajadores a la nueva empresa en Colombia; no se pagaron prestaciones sociales por el tipo de vinculación que tenía, igualmente él (demandante) les hizo una reclamación sobre una indemnización que no se pagó porque considera que cumplió correctamente con los pactado.

El testigo Nicolas Vallejo Cano (jefe inmediato del demandante), y redactor de música, dijo que el demandante tenía a cargo funciones diarias como la supervisión de actividades adicionales a las mencionadas en el contrato, a él se le asignó una oficina, cumplió un horario de 9am a 6pm, el cual él (el testigo) vigilaba, no existía procedimiento sancionatorio por su incumplimiento, el trabajador recibía ordenes según las actividades a desarrollar, sus escritos eran modificados en fondo y forma algunas veces antes de ser publicados, debía presentar cuentas de cobro para que le desembolsaran sus honorarios y realizaban reuniones semanales. Dijo que su equipo de trabajo fue vinculado por prestación de servicios, como el caso del demandante, y debido a las malas condiciones laborales se formó un pseudo-sindicato, sin embargo, la empresa no aceptó las propuestas presentadas y por eso él (testigo) renunció, pese a ser socio fundador y tener contrato de trabajo. Adujo que el demandante estuvo vinculado en dos ciclos, uno de manera informal y luego mediante contrato en el que se exigía exclusividad con la empresa, explicó que despidió al demandante en el 2015 por bajar su rendimiento laboral, pero luego lo llamó otra vez en el 2016.

La testigo Yeimi Fonseca Ovalle, (Directora administrativa de la empresa demandada), indicó que el demandante prestaba servicios de redacción mediante notas, no recuerda desde cuándo pero que en febrero de 2018 fue incluido en la nómina, mensualmente presentaba una cuenta de cobro para el pago de honorarios que era una suma fija, fue vinculado por contrato de prestación de servicios, no tenía puesto de trabajo físico designado, sabe que no le exigían horario ni justificación para ausentarse de su labor. Dijo que veía seguido al accionante porque ella tenía que cumplir horario pero que no presenció las reuniones a las que él asistía, tampoco le consta la forma de como desarrollaba sus actividades, ni cuales eran las labores estipuladas en el contrato. En una ocasión el trabajador hizo una reclamación a la empresa sobre la demora en el pago de unos honorarios, explicó que en general

a los escritores no se les realizó nunca llamamiento a descargos por incumplimiento de horario, en abril del 2018 el actor presentó su carta de renuncia de forma voluntaria porque la sociedad Vice Colombia lo contrató.

La testigo Camila Costa Álzate, quien trabajó con el demandante en Vice mencionó que lo veía todos los días en su puesto de trabajo, llegaba entre 8:30 y 9am y salía dependiendo de lo que tenía que hacer, a veces a las 6 o sino más tarde, en el caso de ella recibía llamados de atención si incumplía horarios o no se reportaba antes de retirarse de su lugar de trabajo, el actor le contaba de las ordenes que él recibía. Indicó que en sus labores de fotografía acompañaba al demandante a los eventos para hacer artículos sobre estos, que les hacían registro en sus ingresos y retiradas de las esas actividades realizadas los fines de semana tiempo que no era remunerado, les llamaban la atención si no se presentaban a los eventos, ellos se transportaban por medios propios y en la empresa le apartaban un lugar en el evento. Dijo que los trabajadores presentaron queja sobre la demora en los pagos y debían solicitar permiso o informar cuando estuvieran enfermos para no asistir.

El testigo Eduardo Santos Galeano, (practicante de la revista y quien trabajó en conjunto con el demandante), dijo que le ayudaba en el desarrollo de sus actividades, cumplían un horario y creaban contenidos para la revista, se debían dirigir al área administrativa para solicitar utensilios de trabajo, algunas veces les daban para la alimentación en los eventos, tenían de jefe inmediato a Nicolas Vallejo Cano, a quien le solicitaban permisos y también les daba órdenes sobre la creación de contenido para la plataforma, cubrir conciertos o actividades públicas en representación de Vice usando ropa con logos de la empresa, hacer crónicas, entrevistar a artistas, hacer reseña de discos. Explicó que el actor estaba vinculado por contrato de prestación de servicios y lo sabía porque tramitaban las cuentas de cobro y lo veía pagando su seguridad social, también presencié llamados de atención que le hacía el jefe inmediato por la calidad del trabajo o las llegadas tarde. Dijo que el demandante fue nombrado como coordinador editorial a mediados de 2017 y realizaba algunas funciones administrativas, pero no le pagaban horas extras, primas de servicios ni seguridad social.

El testigo Juan Sudarsky, (fue socio de la empresa), indicó que el demandante trabajó en la empresa demandada en febrero de 2015 hasta agosto de ese mismo año, y luego desde la mitad de 2016 hasta febrero de 2018; él le tramitaba las boletas al actor para que pudiera asistir y cubrir eventos de música, este (demandante) estaba vinculado por contrato de prestación de servicios, no recibía ordenes sino instrucciones de su jefe inmediato, no le controlaban su horario, realizaba sus funciones con utilería propia y no sabía si realizaba actividades

diferentes a las pactadas en su contrato. Manifestó que al final del vínculo contractual el trabajador presentó un requerimiento sobre sus prestaciones sociales, pero no le concedieron sus peticiones, solo le ofrecieron un dinero de buena fe por la terminación del vínculo.

El testigo David Mateo Rueda, (practicante en la demandada) laboró con el actor, dijo que el demandante tenía horario de 9am a 6pm, Yeimy Fonseca le daba los insumos para su labor, entre sus obligaciones le exigían cubrir eventos, tener exclusividad con la revista. Desde que entró a trabajar Camilo Jiménez les empezaron a controlar el trabajo y se siguieron haciendo cambios a los artículos, contaron con varios jefes inmediatos como Nicolas Vallejo, luego Juan Pablo Conto, Camilo Santofimio y Mauricio Paramo, el salario del actor fue de \$1.500.000, debía asistir obligatoriamente a reuniones semanales sobre los temas a tratar, le daban en algunas ocasiones transporte y un stand para asistir y reportar los eventos, él (actor) no podían trabajar para otras empresas. Explicó que les daban ordenes sobre la entrega de trabajos, fechas, funciones, el cumplimiento de horarios a la entrada y salida, que si faltaban les exigían reponer el tiempo, en caso de ausentarse tenían que informar y justificar la falta, que no les pagaban horas extra, en una ocasión se realizó un paro por la demora de 3 meses en los pagos y porque los obligaban a firmar contratos en fechas que no estaban acordes a la realidad.

De conformidad con lo anterior, La Sala no puede llegar a conclusión diferente a la de la A quo, al aseverar que en el asunto se demostró la existencia de los 3 elementos que caracterizan la relación de trabajo conforme el acervo probatorio aportado al proceso. No hubo discusión sobre las actividades que desplegó el actor de manera personal como redactor, y no se observa desvirtuada la presunción del artículo 24 del CTS, por parte de la demandada corriendo con las consecuencias jurídicas que acarrea la norma. En el caso se evidenció que el trabajador no contó con plena autonomía e independencia para el ejercicio de sus actividades, lo que se advierte con lo manifestado por los testigos que presenciaron el desarrollo de las funciones diarias de Narváez Núñez, y lo indicado por el jefe inmediato Nicolas Vallejo Cano uno de los socios fundadores de la empresa, quienes coincidieron en que Sebastián Narváez realizaba dichas labores de forma exclusiva, conforme a lo que le era solicitado en cumplimiento de los temarios, acatando un horario bajo las órdenes y supervisión de sus jefes inmediatos, configurándose aquí los elementos del contrato de trabajo en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

En lo que respecta a los **extremos laborales**, se tiene que la juez declaró la existencia de un solo contrato de trabajo entre las partes desde el 1 de febrero de

2015 (*conforme los hechos primero y noveno de la demanda*) hasta el 31 de abril de 2018, según la confesión del representante legal de la demandada en su interrogatorio de parte (*en apoyo de La jurisprudencia aplicable al caso y lo expuesto por los art. 60 y 61 del CPTSS*). Estos extremos fueron objetados por la demandada y el sustento de su inconformidad radica en que se tienen que tomar los extremos confesados por la revista, lo cual está acorde por lo menos en lo que respecta al extremo final, pues la llamada a juicio en su interrogatorio fue la que hizo alusión a la fecha de corte que tomo la juez, y en cuanto al inicio de labores en efecto se evidenció que si bien en el hecho 65 de la demanda se precisa una interrupción entre el 31 de agosto de 2015 y el 01 de febrero de 2016 (*"Por lo tanto, bajo los hechos probados y demostrados en este acápite se entiende que el señor Sebastián Narváez Núñez, trabajo mediante un contrato laboral durante los periodos: 65.1. del 1 de febrero de 2015 al 31 de agosto del año 2015. 65.2. de 01 de febrero de 2016 al 05 de febrero de 2018"*) hecho que la demanda contestó ser parcialmente cierto, e indicó: *"No hubo relación laboral pero si hubo relaciones contractuales de prestación de servicios en las fechas descritas en los numerarles 65.1 y 65.2"*), lo cierto es que en el asunto nunca se constató una ruptura durante ese lapso, pues los testigos también afirmaron que no hubo solución de continuidad durante éstos ciclos, y si bien el testigo Nicolas Vallejo adujo que había despedido al demandante en el 2015 porque el actor bajo su rendimiento laboral y que al año siguiente lo volvieron a llamar, aquí tampoco se tiene certeza a que fechas se refiere el testigo.

Trabajo suplementario

Frente a este punto La Sala cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL2736-2021– M.P. CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO, en la que se indica la forma en que se deben demostrar las horas extra y en ella se precisa:

"Frente a los dos primeros debe decirse, en primer lugar, que el material probatorio allegado al plenario no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboró el accionante al servicio de la fundación accionada, el tiempo suplementario o complementario que reclama, ni los horarios en que lo trabajó, razón por la que no es posible acceder a dicha pretensión, pues como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria, demandan de quien lo reclama el despliegue de una actividad tendiente a demostrar con claridad y precisión que este se realizó, como se razonó en la sentencia CSJ SL3009-2017."

En ese orden, la decisión tomada por la A quo se ajusta a los lineamientos determinados por la SL CSJ, en lo que respecta a la absolución de esta solicitud, ya que pese a haberse aportado pruebas documentales, tales como artículos sobre los eventos individualizados que se aduce haber asistido, ello no acredita de forma cierta la comparecencia a éstos ni dan cuenta manera clara y precisa de la cantidad de

tiempo que el actor pudo haber estado presente. En ese orden este ítem se **confirma**.

Indemnización Moratoria

Al Respecto, debe señalar La Sala que conforme todo el análisis reseñado en efecto no se puede concluir que la demandada actuó bajo el convencimiento de estar ante una vinculación diferente a la de naturaleza laboral, pues el requerirlo para cumplir con órdenes y vigilar tanto los horarios del trabajador junto con la exigencia de exclusividad y la ejecución de las tareas a cargo, denotan un actuar como verdadero empleador. En el asunto no se evidenció un solo elemento de convicción que permita colegir que el demandante desarrolló sus actividades de forma independiente, por consiguiente, no hay fundamento alguno para que la empresa no reconociera los beneficios legales a que tenía derecho el trabajador, los cuales fueron evadidos sin justificación alguna evidenciando así un actuar de mala fe con su subordinado. Conforme a lo mencionado es menester traer a colación la sentencia SL5015-2021 de la Corte Suprema de Justicia, con Magistrado Ponente JORGE PRADA SÁNCHEZ, en que se expuso lo siguiente:

"Significa lo anterior, que para la aplicación de las sanciones, el juez debe analizar en cada caso, si la mora del empleador se justificó con argumentos atendibles y razonables, que permita ubicar su conducta en el terreno de la buena fe, que equivale a «obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos», contrario al obrar de mala fe, «de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud», como lo recordó la Sala en sentencia CSJ SL, 10 may. 2011, rad. 38973.

Por tanto, la buena o mala fe del empleador no se refleja en la mera creencia de que el contrato que ligó a las partes fue de naturaleza diferente a la laboral, sino que debe brotar de otros elementos alrededor de la conducta del deudor. Por tal virtud, el fallador debe contemplar el haz probatorio para identificar la existencia de elementos de juicio valederos y útiles para abstenerse de imponer la sanción."

Daño moral

Con relación a la indemnización por daños morales ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4570-2019 – M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

"Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de

la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño».”

El apelante edifica y pretende configurar la existencia de este perjuicio en el hecho de que la demandada no contestó su derecho de petición, ella no fue a las audiencias de conciliación y a la que asistió no se llegó a acuerdo alguno. Pues bien, estos argumentos de entrada no permiten siquiera determinar cuál es el margen de dolor y afectación que padeció el demandante para dar paso al análisis de este perjuicio, en el sub judice no se definió ni determinó cual fue esa afección que sufrió en su órbita interna, ese nivel emotivo-espiritual, dolor, congoja, pesadumbre, aflicción, intranquilidad o cualquier forma de alteración emocional. Suficientes veces se ha indicado que no basta para tipificar estos perjuicios con su sola solicitud, sino que se debe demostrar las consecuencias psicológicas de quien sufrió el daño producto de la conducta realizada por quien se persigue resarcir el perjuicio. En consecuencia ante la falta de prueba, en el asunto esta absolución también se **confirma**.

Condena en costas

En lo concerniente con la condena en costas impuesta, específicamente a la parte demandada, precisa La Sala que conforme las resultas del proceso y el actuar de la empresa, en el asunto se debe dar aplicación a lo establecido en el Código General del Proceso, en su artículo 365, numeral 1º, y en ese orden la condena impartida por el A quo resulta procedente y conforme a derecho. A respecto la norma precisa:

“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”

Bastan las anteriores consideraciones para **confirmar** la sentencia apelada.

COSTAS

La de primera se confirman. Las de alzada no se imponen porque no prosperó ningún recurso.

DECISIÓN

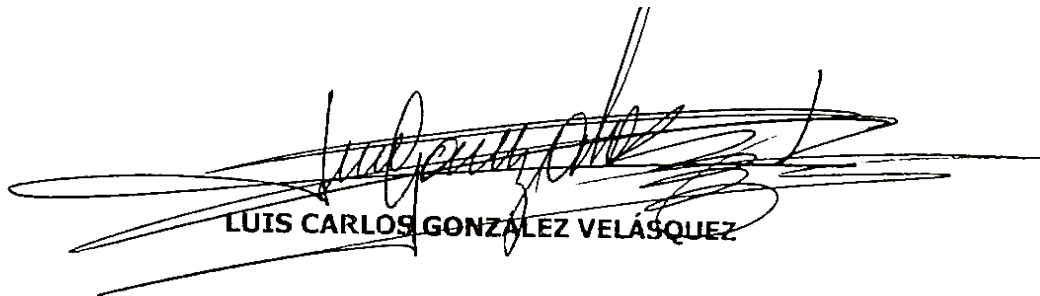
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de diciembre de 2020, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. La de primera se confirman. Sin costas en la alzada.

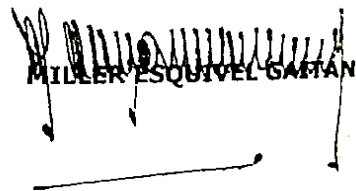
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN