



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GINA PAOLA SABOGAL BENAVIDES contra **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL**

RADICADO: 11001 3105 028 2017 00764 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de abril de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declarara que entre ella y la Corporación Club El Nogal, existió una relación laboral durante el periodo comprendido entre el 12 de enero de 2011 hasta el 7 de noviembre de 2014, en consecuencia, se condene al pago de las prestaciones sociales y vacaciones generadas durante toda la relación laboral, así como al pago de las indemnizaciones moratorias por no pago de salarios y prestaciones sociales adeudadas (art. 65 del C.S.T.) y por no consignación de cesantías (Art. 99 L.50/90), y al pago de las condenas que resultaren ultra y extra petita, y también a las costas y a la indexación respectiva.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se vinculó con la demandada entre el 12 de enero de 2011 hasta el 7 de noviembre de 2014, siendo contratada para desarrollar actividades propias de una esteticista, cumpliendo un horario de 8 horas diarias y turnos de 7 a.m. a 4 p.m. y de 10 a.m. a 8 p.m., y recibiendo una remuneración promedio de \$1.167.000, también señaló que los elementos con los que realizaba su trabajo eran suministrados por la demandada y que la recepcionista del SPA era quién informaba la hora en que se debían atender a los clientes y el procedimiento que los mismos recibirían, así como que se le formulaban llamados de atención si no se cumplía con el horario asignado, igualmente, mencionó que fue conminada a suscribir acta de conciliación, pero que con ella se violaron derechos ciertos y discutibles, que al terminar el contrato no se le pagaron prestaciones sociales, ni vacaciones y con posterioridad a la firma del acta

de conciliación suscribió contrato laboral para cumplir las mismas funciones que venía desempeñando.

Como fundamento normativo, citó el artículo 53 de la Constitución Política, los artículos 2, 5, 9, 23, 34, 61, 63, 64, 186, 188, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 25, 70, 74 del Código Procesal Laboral, los Decreto 2351 de 1965 y 1818 de 1998 y las Leyes 50 del 90 y 446 de 1998.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Corporación Club El Nogal, dio contestación como aparece de folios 123 a 149 del plenario, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuánto entre las partes no medio una relación laboral ya que existieron tres contratos de prestación de servicios de naturaleza civil, así: 1) entre el 12 de enero de 2011 y el primero de julio 2013, 2) entre el 2 de julio 2013 y el 2 de enero de 2014 y 3) entre el 30 enero 2014 al 7 de noviembre de 2014, los cuales tenían por objeto la explotación de servicios de estética facial y corporal y demás actividades anexas y complementarias las cuales se desarrollaban bajo la propia cuenta y riesgo del demandante, las cuales siempre desarrolló con plena autonomía técnica y administrativa, de igual forma, indicó que la demandante no prestó sus servicios personales, ni estuvo sometida actos de subordinación por parte de su representada y por tanto no se configuraban los elementos necesarios para qué procediera la pretensión de la

accionante, también, mencionó que al concluir el último de los contratos de prestación de servicios, se suscribió un acta de conciliación ante el Ministerio del Trabajo que tuvo la virtualidad de producir efectos de cosa juzgada. Propuso las excepciones de mérito que denominó: cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de abril de 2021, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada formulada por la demandada conforme a la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante fijando como agencias en derecho a la suma de \$200000.

TERCERO: si no fuera apelada la presente decisión se deberá surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que el problema jurídico radicaba en determinar si entre las partes había existido una relación laboral en los extremos reclamados y por tanto si se causaban los derechos e indemnizaciones solicitadas, pero previo a ello debía analizarse la excepción de cosa juzgada propuesta por el demandando,

Realizado el análisis, el despacho concluyó que existía identidad de partes, entre quienes actuaron en el primer asunto y los que intervenían en el proceso, también mencionó que se advertía la identidad de objeto, lo cual se corroboraba con la revisión de las pretensiones de la demanda, en donde

se reclama el reconocimiento de la relación laboral y como consecuencia de esto el pago de las acreencias causadas durante su ejecución, máxime que en la audiencia de conciliación se dirimieron las diferencias presentadas respecto a la naturaleza jurídica de las relaciones que unieron a las partes a través de tres contratos de prestación de servicios y finalmente, frente a la identidad de causa, mencionó que se daba cuando coincidían los fundamentos de hecho en los procesos, requisito que se cumplía, ya que lo que motivó a la demandante a presentar la demanda era la necesidad de resolver la vinculación que tuvo con el demandado, la cual ahora considera fue una verdadera relación de tipo laboral y no comercial, aspecto que fue la causa que originó la conciliación celebrada ante el Ministerio de Trabajo y por la cual se llegó al acuerdo de un único pago por la suma de \$1.500.000., así mismo, se destacó que en el acta de conciliación, la demandante declaró que la Corporación Club El Nogal se encontraba a paz y salvo por todo concepto que pudiera desprenderse de las diferentes relaciones contractuales que existieron entre las partes, especialmente por la naturaleza jurídica de las mismas y, en general, cualquier derecho incierto y discutible que pudiese resultar y de ello se desprendía la voluntad de las partes de poner fin a cualquier reclamo que se pudiera elevar frente a la relación que los unió.

Así mismo, puntualizó que los derechos reclamados, tales como el reconocimiento de una relación laboral junto con las prestaciones sociales que de ella se derivan, tenían el carácter

de incierto y discutible para el momento en que se suscribió la conciliación, razón por la cual el Ministerio, como autoridad competente, dio el aval respecto de las de las concesiones recíprocas efectuadas por las partes, ello aunado a que no se probó ni se discutió la ilegalidad de la conciliación y por tanto determinó que surtían los efectos de la cosa juzgada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, interpuso recurso de apelación y solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia, en la medida en que las pruebas documentales allegadas y las practicadas tales como interrogatorio de parte rendido por el representante legal del club y los testimonios recepcionados demostraban la prestación personal del servicio a favor del club demandado desde el 2 de enero de 2011 y con ello se generaban una serie de derechos ciertos e indiscutibles, señalando que al acreditar la prestación personal del servicio se activaba la presunción del artículo 24 del C.S.T., mencionado que de los documentos allegados por la demandada y las pruebas practicadas, no se desprendía autonomía, independencia en la ejecución de las labores contratadas, así mismo, mencionó que se demostró que con el mecanismo contractual usado se estaba encubriendo la verdadera relación laboral, de lo que no se evidenciaba buena fe y en consecuencia eran procedentes las indemnizaciones moratorias reclamadas.

En lo relacionado con que al acta de conciliación hacia tránsito a cosa juzgada, manifestó que la demandada la había propuesto como excepción previa, la cual fue resuelta desfavorablemente para esta y por tanto se declaró no probada, refiriendo que por el hecho que dentro del acta de conciliación se hablara de unos contratos de prestación de servicios, ello no zanjaba lo que tenía que ver con derechos ciertos e indiscutibles, tales como las acreencias reclamadas, pues se violarían principios constitucionales, además que conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política y el artículo 15 del C.S.T. era susceptible de ser revisada por los jueces, puntualizando que por el hecho que el acta se hubiera tramitado por el Ministerio del Trabajo, no le quitaba ni le ponía en la medida en que los únicos que pueden entrar a dirimir, determinar, negar o disponer de un derecho de orden laboral eran los jueces.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta viable tener en cuenta el acta de conciliación suscrita el 7 de noviembre de 2014, entre la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL y la señora GINA PAOLA SABOGAL BENAVIDES, a efectos de determinar la naturaleza jurídica de la relación que los vinculó y de acuerdo con ello, establecer si en efecto el acta de conciliación hizo tránsito a cosa juzgada o si por el contrario no tiene validez y por tanto,

es posible efectuar pronunciamiento frente a los derechos e indemnizaciones reclamadas.

Para resolver, conviene mencionar que tratándose de la conciliación, su validez y efecto de cosa juzgada, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4066-2021 radicación No. 60186, del 10 de marzo de 2021, señaló que la conciliación era un mecanismo alternativo para la solución de conflictos válido para resolver las controversias suscitadas en materia laboral, estando facultados por regla general para ser conciliadores el juez, el inspector de trabajo y otros particulares que fueron investidos para este propósito, de igual forma, indicó que para que se derivaran los efectos de cosa juzgada se requería que la conciliación observara los siguientes requisitos: i) fuera aprobada por autoridad competente; ii) no existieran vicios en el consentimiento ni se violaran normas de orden público y iii) que se respetaran los derechos mínimos e irrenunciables que no eran susceptibles de conciliación, también se resaltó que las partes podrían acudir excepcionalmente al proceso ordinario laboral para debatir acuerdos conciliatorios con efectos de cosa juzgada, no con el propósito de volver a examinar las controversias resueltas por su propia voluntad, sino con el fin de que el juez laboral analizara temas relativos a la validez y eficacia de la conciliación.

Al respecto debe indicarse, que aunque en las pretensiones de la demanda no se cuestiona expresamente la validez del acta de conciliación suscrita entre las partes ante el Ministerio

del trabajo, el 7 de noviembre de 2014 (fl. 74-75), ello si se desprende de lo señalado en los supuestos fácticos que le dan sustento a las pretensiones (ver hecho 28 y siguientes de la reforma de la demanda) además, de advertirse que la demandada la adujo como fundamento para declarar improcedentes las pretensiones reclamadas y declarar probada la excepción previa de cosa juzgada, lo cual, aunado a que con la demanda se pretende la declaratoria de la existencia de una relación laboral entre las partes, evidenciaba contrario a los sostenido por el a quo que también se cuestionaba la validez del acta de conciliación, en la que se estipularon las siguientes manifestaciones realizadas de común acuerdo por las partes:

“(...)

1. Entre la señora **GINA PAOLA SABOGAL BENAVIDES** y la **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL** existieron varios contratos de prestación de servicios de naturaleza civil, independientes entre sí en virtud de los cuales la contratista se obligó, por su cuenta y riesgo y con plena autonomía técnica y administrativa prestar servicios de estética facial y corporal, sin injerencia alguna por parte de la corporación club El Nogal. El último contrato civil celebrado entre las partes tuvo vigencia entre el 30 de enero de 2014 y hasta el 7 de noviembre de 2014, fecha en la cual termina por mutuo acuerdo.
2. Así, la señora **GINA PAOLA SABOGAL BENAVIDES** prestó los servicios a quienes visitaron las instalaciones de la **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL** y reservaban servicios de estética facial y corporal con ella, sin que hubiera existido subordinación alguna por parte de dicha Corporación.
3. De la misma manera y por virtud de cada uno de los contratos de prestación de servicios que se desarrollaron, se le facilitó a la conciliante un espacio para la prestación del servicio de estética en la zona del quinto piso de las instalaciones del club, lugar donde funcionaba la zona de spa, junto con este espacio se le otorgaron igualmente algunos equipos.
4. En ejercicio de estos servicios, la señora **GINA PAOLA SABOGAL BENAVIDES** en su calidad de contratista no estuvo sometida a ningún tipo de horario, reglamento o subordinación. Por el contrario, como siempre Ejecutó el contrato civil con plena autonomía técnica y administrativa. En este sentido, La contratista acepta que el documento denominado “cronograma de actividades” puso en conocimiento de la corporación los horarios en que tendría disponibilidad para prestar los servicios contratados.

5. *No obstante lo anterior, y como de todas maneras se han presentado diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de las relaciones contractuales que los vínculo, las partes han decidido conciliar esas posibles diferencias en la suma de **Un Millón Quinientos Mil Pesos M/CTE (\$1.500.000)**, que la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL se compromete a reconocer y pagar mediante consignación a la cuenta de ahorros que posee la señora GINA PAOLA SABOGAL BENAVIDES y en la cual le eran consignados sus honorarios, dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes a la firma de la presente acta.*
6. *Una vez recibida la consignación a su cuenta, la señora **GINA PAOLA SABOGAL BENAVIDES** declara a la **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL a PAZ Y SALVO** por todo concepto que pudiera desprenderse de las diferentes relaciones contractuales que existieron entre las partes, especialmente por la naturaleza jurídica de las mismas y en general de cualquier derecho incierto y discutible que pudiese resultar.*

(...)"

Precisado lo anterior, y toda vez que el cuestionamiento realizado al acta de conciliación se predica por haber vulnerado con esta derechos ciertos e indiscutibles, tal y como se señala en los hechos de la reforma de la demanda y se reitera por la recurrente en el recurso presentado, se procede a analizar si resultaba viable conciliar acerca de la naturaleza jurídica de la relación que vinculó a las partes, frente al tema, debe tenerse presente que a juicio de esta sala no es factible dejar al arbitrio de las partes la calificación jurídica de la relación, ya que ello solo corresponde definirlo a quien por ley se le ha concedido tal facultad, esto es, al Juez Laboral, a través de la vía ordinaria, de manera que el conciliador, que en este caso fue el inspector del trabajo debió haberse abstenido de avalar la misma, por no ser objeto de conciliación, máxime cuando dentro de las obligaciones asignadas a los conciliadores en el artículo 8 de la Ley 640 de 2001, se señala en el parágrafo *“Es deber del conciliador velar por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.”*, resultando evidente que al avalar o permitir que las partes determinaran

la naturaleza jurídica de la relación que los unió se podrían afectar derechos ciertos e indiscutibles, pues una consecuencia evidente al establecer la naturaleza civil y/o comercial de una relación es que no podrá considerarse posteriormente como del orden laboral y por tanto no podrían reclamarse los derechos correspondientes tales como prestaciones sociales, vacaciones, entre otros, si es que a estos hubiere lugar, por lo que bajo estos razonamientos se considera que el acta de conciliación suscrita carece de validez.

La anterior posición, es respaldada por nuestro máximo órgano de cierre quien en la sentencia mencionada en líneas anteriores, señaló:

“(…)

Entonces, debe la Sala determinar si en el presente caso se pueden derivar los efectos de cosa juzgada del acta de conciliación suscrita por las partes, pues téngase en cuenta que una vez demostrada la existencia del contrato de trabajo, se generan a favor del trabajador todos los derechos mínimos establecidos en la ley, los cuales adquieren la naturaleza de irrenunciables.

Como ya se ha dicho, la conciliación es válida en el derecho del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles. De esa definición es posible derivar que lo que es objeto de conciliación son los derechos y no los hechos. Lo anterior significa que las partes no pueden acordar despojar de efectos jurídicos unos hechos acaecidos en la realidad, como acontece con aquellos que configuran una relación laboral que da lugar a la existencia de un contrato de trabajo.

*Es decir, las partes no pueden acordar que, pese a que existió prestación personal del servicio, una remuneración y subordinación jurídica, **elementos de la relación laboral establecidos en el artículo 23 del CST**, en realidad no se configuró un contrato de trabajo, pues ello constituye ni más ni menos, que la renuncia a los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles derivados de la calidad jurídica de trabajador. Lo anterior no lo desvirtúa la circunstancia de que entre las partes se hayan suscrito contratos civiles o comerciales, pues es claro que la primacía de la realidad encuentra venero en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, y no pueden las partes desconocer ese derecho de rango superior.*

De entrada se hace notar que los jueces no pueden resultar convidados de piedra a la hora de aprobar acuerdos conciliatorios, pues nótese que estos pueden tener como móvil ocultar la existencia de verdaderos contratos de trabajo, aspecto que no se compadece con el papel de garante de los derechos de los trabajadores que le corresponde a los jueces de esta rama del derecho social, y ciertamente, resulta llamativo que un juez de trabajo conozca una

conciliación sobre un contrato civil o comercial con el único fin de desconocer la existencia de un contrato de trabajo.

Vale la pena reiterar que los hechos no son susceptibles de conciliación, esto es, las partes no pueden acordar en contra de lo que aconteció en la realidad y se exponen a que, pese a que así se estipule formalmente, mediante un proceso posterior se desvirtúe lo pactado con las obvias consecuencias de ese actuar desprovisto de transparencia. En el caso concreto, tal como se encontró acreditado por el juez, se demostró la existencia de un verdadero contrato de trabajo, lo que deja sin sustento lo convenido por contravenir los derechos mínimos e indiscutibles del trabajador, entendidos como esas garantías mínimas que establece la ley por debajo de las cuales es ineficaz acuerdo o pacto alguno.

(...)”

Por lo anterior, procede el despacho a analizar si entre las partes existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 12 de enero de 2011 y el 7 de noviembre de 2014.

Sobre el particular, el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, consagra los elementos esenciales, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así mismo, se tiene que en forma pacífica ha indicado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre que, para que opere la presunción legal antes referida, le corresponde a la parte actora probar la prestación o actividad personal, para que entonces surja a cargo de la convocada juicio demostrar con hechos contrarios a los presumidos que la relación que mantuvo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Igualmente, debe señalar la Sala que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que lejos de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica; entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual. En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

Puntualizado lo anterior, lo primero que debe señalarse es que la prestación personal de los servicios de la demandante en favor de la demandada, se encuentra acreditada, con los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes visibles a folios 76 a 88 y la certificación de los contratos expedida por la demandada a solicitud del interesado el 11 de febrero de 2015 vista a folio 90 (documentales que fueron

aportadas por la demandada) de las que se extracta que la demandante fue contratada para prestar sus servicios de estética facial y corporal en el SPA del Club, así mismo, esto se constata con lo expuesto por la representante legal en el interrogatorio de parte rendido, en el que dio cuenta que en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, la demandante prestaba sus servicios al club, explicando que en el SPA se realizaban rituales faciales y corporales que se ofrecían y suministraban por personas con experiencia técnica a la comunidad de socios, quienes elegían del portafolio de servicios el tratamiento y/o procedimiento a realizarse y la profesional o especialista para que efectuara el mismo, aspecto que también fue confirmado por la testigo ANGIE BARRAGAN, directora jurídica de la demandada, quien en su declaración señaló que la demandante prestaba sus servicios personales para los clientes del club.

Considerado lo anterior, correspondía a la demandada desvirtuar la presunción generada demostrando que no existía subordinación en la actividad personal desplegada, lo cual no se logra derruir con los contratos de prestación de servicios allegados ni con el cronograma de actividades presentado por la demandante (fl. 106), ni por el hecho que la afiliación y pagos al sistema de seguridad social se realizarán por la demandante (fl. 92-96 y 103), pues los contratos de prestación de servicios y las afiliaciones y pagos como independiente al sistema general de seguridad social per se no desacreditan la subordinación y pese a que con el cronograma de actividades se pretenden demostrar que la demandante

informaba el horario disponible para la asignación de los tratamientos a realizar a los clientes, al revisar el mismo se aprecia que se trataba de una disponibilidad completa en la jornada laboral.

Aunado a ello, se tiene que la representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte rendido, si bien señaló que debían seguirse unos protocolos dictados por la secretaria de salud para la prestación de este tipo de servicios respecto al traje, uñas, cabello y productos usados con registro Invima, lo cual se considera atendible de acuerdo con las normas de salubridad, no puede pasarse por alto que al preguntársele si existía uniformidad por ejemplo en el masaje que se realizaba servicios refirió que dependía del ritual contratado por el cliente, señalando que por ejemplo entre los primeros 3-5 minutos se daba la bienvenida, luego en los 10 minutos siguientes pasaba a piscina lúdica, luego en los 15 minutos posteriores hidratación facial o sacar contracturas y después uso de máquinas, ello aunado a que la elección del cliente frente al especialista a realizar el ritual o tratamiento incidían en programación de los horarios o turnos, evidencian que no había independencia o autonomía en la forma o modo y tiempo de prestar los servicios, aspecto crucial para desvirtuar la subordinación.

Así mismo, de los testimonios rendidos por GINA PAOLA RODRIGUEZ (vinculada con la demandada a partir del 26 de marzo de 2014), TATIANA ROBLES (vinculada con la demandada desde el año 2011, en la misma fecha de la

demandante, hasta septiembre de 2016) y TATIANA DUARTE (vinculada con la demandada entre 2013 -2016), quienes refirieron haber sido compañeras de trabajo de la demandante y desempeñar las mismas actividades que ésta, fueron claras y coincidentes en señalar que prestaban sus actividades en el mismo espacio físico que la demandante; que debían cumplir con el horario asignado correspondientes a unos turnos fijados y el día libre era el que la jefe escogiera, que si no se cumplía el mismo se recibían llamados de atención y en todo caso se debía recuperar el tiempo, que se debían seguir unos protocolos y/o instrucciones en la prestación del servicio; que los rituales que se suministraban en el SPA tenían un tiempo específico y variaban dependiendo del escogido; que los insumos los suministraba el club, los cuales eran de casas comerciales concretas y frente a los que recibían capacitación para su aplicación y que luego de haber suscrito el acta de conciliación fueron vinculadas como empleados para desempeñar las mismas actividades que venían realizando, debiéndose destacar que aunque sus declaraciones fueron tachadas de sospechosas, por haber presentado las mismas acciones judiciales en contra de la demandada y por las mismas razones por las que se adelanta el presente asunto, no puede pasarse por alto que de sus declaraciones no se observa el ánimo de favorecer a la demandante, es más frente a algunas de ellas ya culminaron los procesos, conforme se indicó por los apoderados y en todo caso no puede perderse de vista que la representante legal del club en su interrogatorio mencionó que para la fecha que inició el SPA las vinculaciones del personal se realizaban mediante contrato de prestación de

servicio, teniendo en cuenta la frecuencia con la que los clientes hacían uso de los servicios y que en razón de ello era factible ajustar los servicios al cronograma de actividades que las especialistas presentaban, pero que dado el aumento en el uso de los servicios por lo clientes a partir de julio de 2014, cambio el modelo de vinculación y se pasó a la contratación laboral, de lo que se desprende que quienes pudieron haber sido compañeras de trabajo de la demandante también se encontraban en estos escenarios y por el hecho que las mismas hubiese podido presentar acción judicial en contra de la demandada ello por si solo no le resta validez a sus declaraciones, máxime que se trataban de personas que conocían de primera fuente por ser compañeras de trabajo en la mismas actividades que se desplegaban.

Corolario de lo anterior, se tiene que entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo, debiéndose precisar que en lo relacionado con sus externos temporales, aunque en los testimonios rendidos no se profundizó sobre el particular, ello es posible establecerlo de los contratos de prestación de servicios, certificación de contratos y acta de conciliación, que reposan en el proceso que dan cuenta que los mismos estuvieron vigentes en los siguientes periodos de tiempo: 1) entre el 12 de enero de 2011 al 1° de julio de 2013; 2) del 2 de julio de 2013 al 2 de enero de 2014 y 3) del 30 de enero de 2014 al 7 de noviembre de 2014, de lo que se aprecia que en este caso existieron 2 relaciones laborales, la primera comprendida entre el 12 de enero de 2011 al 2 de enero de 2014 y la segunda entre el 30 de enero de 2014 al 7 de

noviembre de 2014, toda vez que de acuerdo con lo señalado por la C.S.J., S.C.L. en sentencia SL981-2019 Radicación No. 74084 del 20 de febrero de 2019, cuando entre la celebración de contratos de trabajo, median interrupciones breves, estas deben ser consideradas como aparentes, máxime si se advierte que la intención era dar continuidad al vínculo laboral, aspecto este que se predica respecto de los 2 primeros contratos pues entre la terminación del primero y la suscripción del segundo no paso ni si quiera un día, y los mismos tenían el mismo objeto esto es la prestación de los servicios de estética, lo cual no sucede con el tercer contrato, pues se suscribió luego de haber transcurrido 28 días.

Respecto al salario devengado, se advierte que el mismo es factible establecerlo del valor determinado como honorarios mensuales en los contratos de prestación de servicios, los cuales coinciden con los valores registrados en el soporte contable allegado entre el 2011 – 2013, por la demandada (fl.97-100), de lo que se concluye que el salario devengado entre el 12 de enero de 2011 hasta el 30 de junio de 2013 ascendió a \$1.100.000, a partir de julio de 2013 al 2 de enero de 2014, ascendió a \$1.133.000 y a partir del 30 de enero de 2014, la suma de \$1.167.000.

Así las cosas y previamente a entrar a determinar el valor de las prestaciones sociales reclamadas debe analizarse la excepción de prescripción propuesta por la demandada, al respecto atendiendo a lo dispuesto en los artículos 488 del

C.S.T. y 151 del C.P.L., se tiene que los derechos laborales prescriben en el término de 3 años, no obstante, el simple

reclamo escrito del trabajador presentado al empleador interrumpe la prescripción, por un lapso igual, así tenemos que en el presente asunto a folios 27 al 30 obra la reclamación presentada por la demandante en la que solicita el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones durante toda la relación entre el 12 de enero de 2011 y el 7 de noviembre de 2014, la cual fue recibida por la demandada el 22 de mayo de 2017, según da cuenta el sello de recibido en la guía aportada y la certificación expedida por la empresa de correos SPEEDNET, con la cual se interrumpió el término de prescripción y toda vez que la demanda fue presentada el 27 de octubre de 2017, esto es, dentro de los 3 años siguientes a la presentación de la reclamación, se tiene que todo lo anterior al 22 de mayo de 2014, se encuentra prescrito.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, de acuerdo con diversos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, la prescripción de las primas de servicios e intereses a las cesantías, se cuenta desde la respectiva causación de cada una de estas (Sentencia No. 43894 de 2015), en la caso de las cesantías se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral (Sentencia No. 67636 de 2018) y tratándose de las vacaciones, las mismas son exigibles hasta el vencimiento del año que tiene el empleador para concederlas o a la terminación del contrato cuando se compensan en dinero (Sentencia No. 46704), se tiene que en el presente asunto resultan avantes los derechos laborales

reclamados respecto de la última relación laboral sostenida entre las partes, por lo que a la ex trabajadora le corresponden las siguientes sumas, por concepto de:

Prestaciones sociales y vacaciones

CESANTIAS	\$	881.733
INTERESES A LAS CESANTÍAS	\$	79.944
PRIMA DE SERVICIOS	\$	881.733
VACACIONES	\$	440.867
TOTAL	\$	2.284.277

Indexación

Teniendo en cuenta que la parte actora solicitó la indexación de las sumas y dado que es evidente la pérdida del poder adquisitivo del dinero con el transcurso del tiempo, se ordenará que las sumas antes mencionadas deberán ser indexadas a partir del día siguiente a la fecha de terminación del contrato (8 de noviembre de 2014) hasta el momento en que se efectúe el pago de las mismas.

Indemnizaciones moratorias

De otra parte, respecto a las indemnizaciones moratorias reclamadas, debe tenerse en cuenta que la apoderada del demandante refiere que no operó la buena fe en las actuaciones de la demandada, frente al tema debe recordarse que es un criterio pacífico que para la procedencia de las indemnizaciones moratorias el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si existió

buena o mala fe, ya que solo ante este último resulta procedente.

En esa medida, revisado el caudal probatorio allegado y teniendo en cuenta que se advirtió que en el presente asunto se intento encubrir la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios, así como, se encontró acreditado que luego de suscrita el acta de conciliación, se celebró contrato de trabajo para efectuar las mismas actividades, dicho actuar no denota buena fe.

Así las cosas, tratándose de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., teniendo en cuenta que el salario devengado por la demandante ascendía a \$1.167.000 y toda vez que la demanda no se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, pues se reitera el contrato terminó el 7 de noviembre de 2014 y la demanda se presentó el 27 de octubre de 2017, se tiene que en este caso, la demandante tendrá derecho a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, contados a partir del 8 de noviembre de 2014 y hasta cuando se verifique el pago, intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero (\$2.284.277), tal y como se desprende de lo señalado en la norma y en la sentencia de la C.S.J, S.C.L. de radicación No. 50015 del 13 de julio de 2016.

Finalmente, respecto a la indemnización moratoria por no consignación de cesantía, debe tenerse en cuenta que como quiera que las cesantías causadas durante la segunda relación laboral, debían haberse cancelado a la terminación de la relación laboral, ya que la obligación de su consignación habría surgido hasta el 14 de febrero del año siguiente en el evento de haberse continuado el contrato y toda vez que los periodos anteriores al 22 de mayo de 2014 se encontraban prescritos, no resulta procedente esta indemnización.

En las dos instancias se condenará en costas a la demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia expedida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la Señora GINA PAOLA SABOGAL, BENAVIDES y la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL, existieron dos contratos de trabajo, los cuales estuvieron vigentes en los siguientes periodos de tiempo: el primero, entre el 12 de enero de 2011 y el 2 de enero de 2014

y el segundo, entre el 30 de enero de 2014 y el 7 de noviembre de 2014.

TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción de todos los conceptos anteriores al 22 de mayo de 2014.

TERCERO: CONDENAR a la **CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL** a pagar a la señora **GINA PAOLA SABOGAL**, las siguientes sumas por los conceptos que a continuación se relacionan:

- a) La suma de **\$881.733** por concepto de **cesantías**, indexada al momento de su pago.
- b) La suma de **\$79.944** por concepto de **intereses a las cesantías**, indexada al momento de su pago.
- c) La suma de **\$881.733** por concepto de **prima de servicios**, indexada al momento de su pago.
- d) La suma de **\$440.867** por concepto de **vacaciones**, indexada al momento de su pago.
- e) Los **intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera**, a partir del 8 de noviembre de 2014 y hasta cuando se verifique el pago, los cuales se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

CUARTO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de la demandada. se fija como agencias en derecho de esta

instancia la suma de \$400.000 y en primera instancia en la suma de \$1.000.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000 y en primera instancia la suma de \$1.000.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por FRANCISCO DE PAULA VARGAS PENAGOS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 023 2020 00084 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de Consulta concedido a favor de COLPENSIONES frente a la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarara que la pensión de invalidez pública reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional era compatible con la pensión de vejez a la que tenía derecho a cargo de Colpensiones, y, en consecuencia, se condenara a Colpensiones a reconocer liquidar y la prestación de vejez, al pago de las mesadas causadas desde el 5 de enero de 2019, a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a las facultades ultra y extra petita y a las costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 2 de abril de 1953 y por tanto cumplió los 62 años de edad el 2 de abril de 2015, así mismo, mencionó que le fue reconocida pensión de invalidez en calidad de ex soldado por parte del Ministerio de Defensa Nacional, mediante Resolución No. 8056 del 28 de diciembre de 1978, también indicó que mediante Resoluciones GNR 276080 del 15 de septiembre de 2016 y SUB 94349 del 22 de abril de 2019, Colpensiones negó la prestación de vejez reclamada, precisando que en esta última se argumentó que no procedía un reconocimiento simultaneo de ninguna otra prestación a cargo del tesoro público debido a que era legalmente incompatible, finalmente, resaltó que había cotizado más de 1300 semanas, que ninguna de estas correspondía servicios prestados en el sector público y no gozaba de pensión reconocida por Colpensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 33 y 279 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 36 del Decreto 4433 de 2004. Así mismo, trajo a colación sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicadas bajo los No. 7109 de 1995, 35761 de 2010, 37798 de 2012, 40413 de 2012, 36936 de 2013, 40840 de 2014, 3691 de 2005, entre otros.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto las pensiones solicitadas analizadas a luz del artículo 128 de la Constitución Política, resultaban incompatibles, además que las necesidades relacionadas con el mínimo vital y seguridad social propias de las contingencias derivadas por el riesgo de vejez, invalidez y muerte, ya se habían suplido y amparado por la administración pública. Propuso las excepciones de mérito que denominó: presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, buena fe, prescripción, no configuración de intereses moratorio, innominada o genérica e imposibilidad de condena en costas.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de marzo de 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante Señor FRANCISCO DE PAULA VARGAS PENAGOS, la pensión de vejez de conformidad a la ley 797 de 2003 a partir del 1° de abril de 2019, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, por 3 de mesadas

pensionales al año y aplicando los reajustes legales anuales correspondientes conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la demanda ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante FRANCISCO DE PAULA VARGAS PENAGOS, los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 4 de mayo de 2019, y hasta cuándo se pague la pensión que se ordena reconocer, conforme a lo indicado en las consideraciones.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada.

QUINTO: ordenar se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la pensión a cargo de la entidad estatal se pagaba con recursos del tesoro público, pero no las pensiones que administraba Colpensiones, por lo que no era factible colegir que dichas pensiones se sufragaron con dinero del tesoro público, pues tenían origen y naturaleza jurídica distinta, dado que el fondo económico de donde se cancelan las pensiones por vejez, invalidez o sobrevivencia no resultan ser de propiedad de Colpensiones, por ser esta un mero administrador, lo que significaba que en virtud de la naturaleza jurídica, no era dable estimar que dicho fondo común era dependiente del tesoro público sometiéndose a lo consagrado en el artículo 128 superior, por lo que la pensión legal reconocida por el Ministerio Defensa Nacional al demandante era de carácter pública y la pensión legal que se le solicitaba a Colpensiones en condición de asegurado como consecuencia de las cotizaciones o aportes efectuados a través de sus empleadores particulares con el sector privado no tenían el carácter de pública, por tanto, Colpensiones no debió negar el reconocimiento de la pensión.

Frente al reconocimiento de la prestación económica mencionó que se cumplían los requisitos establecidos en el

artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Modif. Art. 9 Ley 797 de 2003), ya que el actor cumplió los 62 años el 2 de abril de 2015 y contaba con 1320,70 semanas cotizadas en toda su vida laboral, siendo exigible el derecho a partir del 1° de abril de 2019, toda vez que conforme a la historia laboral se efectuaron cotizaciones hasta el mes de marzo de 2019 y teniendo en cuenta el IBL señalado en el artículo 21 de Ley 100 de 1993 y aplicando la tasa de reemplazo señalada en el artículo 34 ibidem, la cual debería pagarse en 13 mesadas anuales, de igual forma, se indicó frente a los intereses moratorios, que los mismos resultaban procedentes pues no se pagó la prestación oportunamente, de tal suerte que como se solicitó el reconocimiento de la prestación el 4 de enero de 2019, fecha para la que ya se contaba con el derecho, los mismos se reconocerían a partir del 4 de mayo de 2019, data para la cual había vencido el término de 4 meses.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará sobre la viabilidad del reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada por el demandante y en caso afirmativo la procedencia del pago de intereses moratorios.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el Señor FRANCISCO DE PAULA VARGAS PENAGOS nació el 2 de abril de 1953, ii) que contaba con 1.316 semanas cotizadas en COLPENSIONES, según se desprende de la Resolución No. SUB

94349 del 22 de abril de 2019, iii) que presentó reclamación de la pensión de vejez ante COLPENSIONES el 4 de enero de 2019, la que le fue negada bajo el argumento que el actor percibía una pensión de invalidez reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional y toda vez que nadie podía desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación proveniente el tesoro público, se negó el reconocimiento por ser incompatibles, conforme se advierte de la resolución mencionada.

Sobre el particular debe tenerse presente que si bien el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que contempla las características del Sistema General de Pensiones, señala en su literal j que *“Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.”*, no puede perderse de vista que dicha prohibición recae respecto del Sistema General de Pensiones.

Así las cosas y dado que el artículo 279 ibidem, señala que *“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.”* y toda vez que el desmonte de los regímenes exceptuados se determinó para el 31 de julio de 2010, conforme se indicó en el parágrafo transitorio 2 del acto legislativo 01 de 2005, se procederá a analizar cuando fue reconocida la pensión de invalidez al demandante.

Al respecto, se tiene que a folios 58-62 y 106-111, obran resoluciones No. 8056 del 28 de diciembre de 1978 y No. 1839 del 29 de abril de 2016, expedidas por el Ministerio Nacional, de las que se colige que mediante Resolución No. 8056 de 1978, se ordenó reconocer y pagar a partir del 16 de septiembre de 1973, una pensión mensual de invalidez a favor del ex – soldado del ejercito nacional, VARGAS PENAGOS FRANCISCO DE PAULA, en cumplimiento de la sentencia proferida el 11 de agosto de 1978, por el Consejo de Estado.

Como se observa, la pensión de invalidez que ostenta el demandante, le fue reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, en calidad de ex soldado del ejército nacional y mucho antes de la entrada en vigencia del Sistema Integral de Seguridad Social y por tanto del Sistema General de Pensiones, por lo que en este asunto no resultaría aplicable la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Aunado a lo anterior, no puede pasarse por alto que para resolver este asunto también resulta relevante determinar cual es la naturaleza jurídica de los recursos administrados por Colpensiones, en tanto que el motivo principal de la negativa en el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, tanto en la Resolución SUB 94349, como en la contestación de la demanda, obedeció a que estas eran incompatibles ya que ambas provenían del tesoro público.

Al respecto, conviene recordar que nuestro máximo órgano de cierre, esto es, la Corte Suprema de Justicia, Sala de

Casación Laboral, en sentencia STL1198-2019, frente a la naturaleza de los recursos administrados por COLPENSIONES, trajo a colación lo señalado por la Corporación en la sentencia SL5792-2014, pronunciamiento reiterado en la sentencia SL4538-2018, en donde se indicó:

“(...) en relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario público, esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

De tal manera, aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, esta es una situación que no apareja la propiedad del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 Mayo 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov. 2013, Rad. 41306.

(...)”

De acuerdo con la jurisprudencia citada, es claro que se tiene por sentado que los recursos administrados por el Iss hoy Colpensiones, no provienen del tesoro público, aspecto que si se predica respecto de las pensiones otorgadas por el Ministerio de Defensa Nacional, de manera que al no provenir ambas de la misma fuente no se contraviene ni el artículo 128 de la Constitución Política, ni el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que contemplan la prohibición de recibir más de una asignación del erario público.

En lo que respecta a la prestación de vejez, debe tenerse en cuenta que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, (Modif. Artículo

9 de la Ley 797 de 2003), establece que para tener derecho a la pensión de vejez hoy en día, se deberá contar con 57 años de edad si se es mujer o 62 años de edad si se es hombre y un total de 1300 semanas cotizadas, requisitos que en efecto acredita el demandante, pues cumplió los 62 años el 2 de abril de 2015 y cuenta con un total de 1316 semanas cotizadas, según se desprende de la Resolución No. SUB 94349 del 22 de abril de 2019, expedida por Colpensiones (23-26), lo cual coincide con el reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizadas a mayo de 2019 (fl. 27-37), en donde se señala que el demandante cuenta con 1320,71 semanas cotizadas para marzo de 2019, lo cual conduce a determinar que en efecto resultaba avante el reconocimiento pensional, debiéndose tener en cuenta para cuantificar la misma lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicando sobre este la tasa de reemplazo señalada en el artículo 34 ibidem, debiéndose pagar en 13 mesadas anuales, en atención a lo dispuesto en el inciso 8° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, tal y como lo señaló el fallador de primera instancia.

Respecto a los intereses moratorios, resulta pertinente recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4300-2021, respecto a su procedencia, ha establecido que los mismos deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe del deudor y de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues lo que buscan es reparar un perjuicio ante la falta de pago total o

parcial de la mesada pensional, y si bien existen salvedades que exoneran de su imposición cuando se circunscriben a razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, debe tenerse presente que como quedó demostrado en precedencia no existían razones para negar el derecho reclamado, cuyos presupuestos estaban estructurados desde aproximadamente el mes de noviembre de 2018, por lo que, para la fecha de la presentación de la reclamación (4 de enero de 2019), ya era posible efectuar el reconocimiento pensional.

Así las cosas y toda vez que, en efecto, la Ley 100 de 1993, contempla en el inciso 3 del literal e que los fondos reconocerán la pensión en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud por el petitionario, se tiene que los 4 meses se cumplieron el 4 de mayo de 2019, y por tanto desde esta fecha empezaban a correr los mismos.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por el Juez de primer grado, se procederá a confirmar la sentencia del A quo atendiendo las razones expuestas en la motiva de esta providencia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por BERTHA RAMIREZ DE ECHEVERRY contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 027 2019 00450 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de abril de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se condenara a Colpensiones a reliquidar y pagar la pensión de vejez que le fue reconocida a partir del 11 de febrero de 1986, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 74% del IBL de las últimas 100 semanas cotizadas, al pago de las sumas debidamente actualizadas, a las costas y agencias en derecho y a lo que resulte ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el ISS, le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No. 07740 del 24 de septiembre de 1986, a partir del 11 de febrero de 1986, en cuantía inicial de \$46.582 y teniendo en cuenta 937 semanas cotizadas, también refirió que posteriormente mediante Resolución No. SUB 276868 del 30 de noviembre de 2017, Colpensiones le reliquidó la pensión a partir del 12 de septiembre de 2014 en cuantía de \$1.213.199, sin embargo, señaló que sumadas las semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones arroja un total de 6911 días equivalentes a 987 semanas, mencionando que aunque presentó reclamación administrativa el 13 de febrero de 2019, Colpensiones a través de la Resolución No. SUB 67416 del 20 de marzo de 2019, negó la reliquidación por cuanto el valor reajustado en la Resolución SUB 276868 de 2017 fue inferior al reconocido inicialmente.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 del Constitución Nacional, así como, los artículos 21, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, como se observa a folios 31-35, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que mediante Resolución SUB 276868 del 30 de noviembre de 2017, ya se había reajustado el valor de la mesada pensional. Propuso las excepciones de merito que denominó: prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de abril de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones propuestas por la señora **BERTHA RAMÍREZ DE ECHEVERRY**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, pago, presunción de legalidad de los actos administrativos y carencia de causa para demandar, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante en cuantía de \$200.000 como agencias en derecho.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la demandante tenía derecho al reconocimiento de la pensión vejez, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, debiéndose tener en cuenta lo señalado en el artículo 57 ibidem (Modif. Art. 4 del Acuerdo 029 de 1985), correspondiente a que la pensión se aumentaría en un 3%, por cada 50 semanas de cotización cuando el asegurado siguiera cotizando voluntariamente después de cumplir los 60 años de edad, de lo que se colegía que para la liquidación de la pensión de la demandante debía tomarse hasta la última cotización realizada, sin que pudiera pasar desapercibido que la pensión de la actora le había sido reconocida a partir del 11 de febrero de 1986, por lo que debían tenerse en cuenta las cotizaciones realizadas con anterioridad a esas fecha, pues nunca solicito la modificación de la fecha de reconocimiento, precisando que al revisar la historia laboral y tal y como lo indicó COLPENSIONES en la Resolución No. SUB 276868 del 30 de noviembre de 2017, las semanas cotizadas con anterioridad al 11 de febrero de 1986, ascienden a 936 semanas, sin que fuera posible tener en cuenta para reliquidar la pensión las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la fecha del reconocimiento pensional.

Así las cosas, concluye que como al 11 de febrero de 1986, se contaba con 936 semanas cotizadas, la tasa de reemplazo correspondía al 69%, el cual aplicado al IBL de las últimas 100 semanas y actualizado el valor al año 2014 fecha a partir de la cual Colpensiones le reliquidó la mesada pensional, se tenía que a la demandante le correspondía una mesada ascendente a \$1.213.119, tal y como lo había realizado Colpensiones en la

Resolución No. SUB 276868 del 30 de noviembre de 2017, razones que conducían a absolver a la demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora, solicitó la revocatoria en su totalidad de la sentencia y en su lugar se accediera al reconocimiento de la reliquidación de la pensión de la demandante, teniendo en cuenta que se solicitaba la reliquidación de la pensión desde el 11 de febrero de 1986, con el IBL de las últimas 100 semanas y una tasa de reemplazo del 74%, por lo que solicita se revise la liquidación que hizo colpensiones y se establezca como mínimo la mesada en la suma de \$63.576 teniendo en cuenta que al hacer la liquidación se encontraron unas diferencias que favorecían a la señora Bertha Ramírez de Echeverri, existiendo para el año 2018, una diferencia de \$190.467 pesos lo cual influiría drásticamente en la calidad de vida de la misma.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente la reliquidación de la pensión de vejez reconocida a la demandante a partir del 11 de febrero de 1986, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 74% del IBL de las últimas 100 semanas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) la Señora BERTHA RAMIREZ DE ECHEVERRI, nació el 11 de enero de 1931, ii) le fue reconocida pensión de vejez por parte del ISS, mediante Resolución No. 07740 del 24 de febrero de 1986, en cuantía inicial de \$46.582 y a partir del 11 de febrero de 1986, iii) posteriormente, le fue reliquidada la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, mediante Resolución No SUB276868 del 30 de noviembre de 2017, en cuantía inicial de \$1.213.119 a partir del 12 de septiembre de 2014, teniendo en cuenta 936 semanas cotizadas y atendiendo lo señalado en los artículos 11 y 15¹ del Acuerdo 224 de 1966 (aprobado por el Decreto 3041 de 1966.)

Precisado lo anterior y toda vez que el reparo de la recurrente se traduce en que al hacer la liquidación se encontraron unas diferencias que favorecían a la señora Bertha Ramírez de Echeverri, las cuales conducirían a la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, desde el 11 de febrero de 1986, teniendo en cuenta el IBL de las últimas 100 semanas y una tasa de reemplazo del 74%, se procederá a revisar las semanas cotizadas por la demandante, como quiera que no existe controversia en que la norma aplicable al asunto era la regulada por el Decreto 224 de 1966 (aprobado por el Decreto 3041 de 1966), contemplándose en el artículo 15 (Modif. por el artículo 1° del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de 1985), la forma en que se integraría o conformaría la pensión, estableciéndose que la pensión se calcularía en una

¹ Modificado por el artículo 1° del Acuerdo 029 de 1985.

cuantía básica igual al 45% del salario mensual de base² y con aumentos equivalentes al 3% del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras 500 semanas de cotización, sin que en ningún caso pudiera exceder del 90% del salario mensual, tal y como se observa en la siguiente tabla:

Semanas Cotizadas	Porcentaje y/o aumentos equivalentes al salario mensual
500	45%
550	48%
600	51%
650	54%
700	57%
750	60%
800	63%
850	66%
900	69%
950	72%
1000	75%
1050	78%
1100	81%
1150	84%
1200	87%
1250 o más	90%

Para los efectos mencionados, se acudió al expediente administrativo allegado por COLPENSIONES, en donde obra reporte de semanas cotizadas en pensiones actualizado al 27 de noviembre de 2017, del que se desprende que se realizaron cotizaciones con diversos empleadores, en forma interrumpida entre el 1 de agosto de 1967 y el 30 de enero de 1987, para un

² “(...) Constituye salario mensual de base el que resulte de multiplicar por el factor 4,33 la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó sobre las últimas cien (100) semanas de cotización.

total de 987,29 semanas cotizadas, lo cual en principio le daría la razón al demandante.

Sin embargo, se observa que en el expediente administrativo también reposa documento denominado “*semanas y categorías facturas*” expedida por el ISS el 18 de enero de 1986, el cual sería el equivalente al reporte de semanas cotizadas, del que se desprende que la última cotización se realizó por el mes de diciembre de 1985, igualmente, se indica que la demandante cuenta con un total de 937 semanas cotizadas y se registra una nota en la parte final del documento antes de las firmas, del siguiente tenor: “*NO. AFILIACIÓN EXPEDIDO ANTES DEL AÑO DE LA PRIMERA NOVEDAD*”, lo cual junto con la solicitud de pensión o indemnización por vejez radicada el 11 de febrero de 1986, por la actora ante el ISS y lo registrado en la Resolución inicial del reconocimiento pensional, esto es, la No. 07740 del 24 de noviembre de 1986, correspondiente a “último patrono: ARMCO COLOMBIANA S.A.” “numero de semanas cotizadas:937”, nos conducen a concluir que los documentos allegados para dicha data daban cuenta que la demandante había dejado de laborar y se había desafiado del sistema con miras al reconocimiento pensional.

Así las cosas, es claro que las semanas cotizadas que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento pensional fueron las acreditadas para el momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento de la prestación de vejez (11 de febrero de 1986), esto es, las 937 semanas cotizadas, debiéndose mencionar que si la actora continuó prestando servicios con posterioridad a la fecha a partir de la cual se le efectuó

reconocimiento de la pensión, que se reitera fue el 11 de febrero de 1986, o se realizó una nueva vinculación que generaron unas nuevas cotizaciones, estas no podían tenerse en cuenta pues el reconocimiento pensional se realizó sobre unas declaraciones realizadas y en esa medida se constituyen en inmodificables, máxime cuando el artículo 12 del del Acuerdo 224 de 1966 (Modif. Acuerdo 009 de 1982 aprobado por el Decreto 2045 de 1982), señalaba *“Para que un asegurado tenga derecho a percibir la pensión de vejez, es necesario su desafiliación en los Seguros de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), sin perjuicio de que pueda solicitar su reconocimiento al cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo precedente.”*

Adicionalmente, no debe pasarse por alto que si bien no existe una norma específica que impida continuar cotizando cuando ya se está pensionado, debe tenerse presente que ello se infiere de lo señalado en el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 1833 de 2016, pues esta norma contempla hasta que momento deben efectuarse las cotizaciones, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES.
Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores.

En el caso del régimen solidario de prima media con prestación definida, la obligación de cotizar cesa cuando el afiliado cumpla los requisitos para obtener su pensión de vejez o cuando el afiliado se pensione por invalidez. No obstante haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, el afiliado podrá continuar cotizando, a su cargo, para aumentar el monto de su pensión.

En el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad, la obligación de cotizar cesa cuando se cause la pensión de invalidez o de sobreviviente o cuando el afiliado opte por pensionarse anticipadamente. No obstante haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, el afiliado podrá continuar cotizando, en cuyo caso el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dura la relación laboral, legal o

reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta dos (62) años de edad si es hombre.

(Decreto 692 de 1994, artículo 19)

Luego, entonces como la actora cumplió los 55 años de edad el 11 de enero de 1986, data para la cual contaba con 937 semanas cotizadas y solicitó la pensión el 11 de febrero de 1986, fecha para la cual se estructuraban todos los requisitos para adquirir la pensión incluida la desafiliación, al realizar el análisis respecto a la forma en que se integraba la pensión se tiene que en efecto se debió aplicar un porcentaje del 69% al salario mensual base tal y como lo mencionó el a quo y no del 74% como lo pretendía la parte actora, pues se insiste no era posible tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad al reconocimiento pensional, máxime cuando ya no existía la obligación de continuar realizando las cotizaciones a pensión, pues los riesgos que se amparan con estas ya estaban cubiertos y garantizados con la pensión de vejez reconocida.

En consecuencia, no hay lugar a la reliquidación peticionada y por ende se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
ADRIANA VARGAS GARCIA contra FAMISANAR EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 01282 01

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

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por FAMISANAR EPS S.A. contra el fallo proferido el 27 de noviembre de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 27 de marzo de 2021 (fl. 166) y remitido el expediente a esta Corporación el 6 de septiembre de 2021 (C2 fl. 1).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La demandante pretendió que se ordenara en su favor el pago de las incapacidades que le habían sido expedidas superiores al día 540 de incapacidad y en consecuencia se ordenara a Famisanar EPS S.A., a reconocerle y pagarle las incapacidades allegadas.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte actora manifestó que fue diagnosticada por hernia discal, diagnóstico frente al cual los médicos tratantes de la EPS le habían venido otorgando incapacidades permanentes e ininterrumpidas con cada cita de control realizada, destacando que Famisanar EPS S.A. le canceló los primeros 180 días de incapacidad y que a partir del día 181 al 540 fueron canceladas por el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., posteriormente, solicitó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá Y Cundinamarca, la calificación con la pérdida de capacidad laboral con el fin de ser beneficiaria de pensión de invalidez, pero obtuvo como calificación el 21.5% de PCL.

III. RESPUESTA DE FAMISANAR EPS S.A

FAMISAR EPS S.A., contestó la demanda manifestando su oposición a las pretensiones por cuanto actuó conforme a lo ordenado por el Decreto 1333 de 2018 y la sentencia T – 401 de 2017, además refirió que era obligación de la usuaria allegar

los documentos tales como certificado de pago de incapacidades expedido por el Fondo de Pensiones, carta de pensiones donde remite el caso del usuario a la EPS, calificación de la pérdida de capacidad laboral y copia de la historia clínica de los últimos 6 meses, para proceder al pago de las incapacidades generadas después del 1° de agosto de 2017. Propuso como excepción de fondo la denominada hecho superado – carencia actual de objeto.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a la pretensión planteada por la parte actora al considerar que el reconocimiento de incapacidades superiores a 540 días había dejado de ser una expectativa a ser un hecho cierto, ello con fundamento, en lo dispuesto en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2017 y los Decretos 1429 de 2016 y 546 de 2017, de igual forma indicó que el Decreto 1333 de 2018 en su artículo 2.2.3.3.1 contempló los eventos en que procedía el reconocimiento y pago de estas incapacidades derivadas de enfermedad general, concluyendo que la demandante presentaba una pérdida de capacidad Laboral del 21,0%, por lo que no contaba al momento de causación de las incapacidades con una pensión de invalidez, de tal suerte que las incapacidades que le fueron expedidas por médico tratante del día 541 en adelante debían ser reconocidas y pagadas por FAMISANAR EPS S.A., así como, que pese seguir la actora con protocolos, guías y tratamientos del médico tratante no había obtenido una recuperación de la enfermedad que aquejaba a

la actora, y que por tanto ello la hacía beneficiaria de la aplicación del numeral segundo del Decreto 1333 de 2018, y consecuencia procede a su reconocimiento.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

EPS FAMISANAR S.A. impugnó la referida decisión, mediante escrito en el que expuso que si bien se había ordenado pagar las incapacidades por el periodo comprendido entre el 16/01/2017 y el 22/02/2018, debía tenerse en cuenta que no era viable el reconocimiento del periodo comprendido entre el 13/01/2017 al 31/07/2017, ya que para la fecha de inicio de estas no se contaba con los recursos para el pago de incapacidades de más de 540 días, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en la ley 1753 de 2017, el Gobierno Nacional había creado la ADRES, en la que se otorgaba una prima adicional al porcentaje de los recursos para el pago de incapacidades, la cual estaría disponible a partir del momento en que entrara en operación la entidad creada, acto seguido, mencionó que para el pago de las incapacidades posteriores al 1° de agosto de 2017, se reconocerían las mismas, pero para tal fin se necesitaban los siguientes documentos: 1) Certificado de pago de incapacidad desde el día 181 al día 540 emitido por el Fondo de Pensiones, 2) Carta del Fondo de Pensiones donde remite el caso del usuario de la EPS, 3) Calificación de pérdida de capacidad laboral, 4) Copia de la historia clínica de los especialistas de los últimos seis meses y 5) Copia de la historia clínica que soportaba la incapacidad tramitada, destacando que de

conformidad con lo establecido en la Ley 1753 de 2015 se colegía no violó derecho alguno.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de impugnación interpuesto por el apoderado de EPS FAMISANAR S.A., lo primero que debe señalarse es que con la expedición de la Ley 1753 de 2015, y expresamente lo consagrado en el artículo 67 de la misma, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS, tal y como se desprende de lo dispuesto de la norma en comento, que al efecto señala:

“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

(...)”

Al respecto resulta pertinente mencionar que el reconocimiento que se realizó a cargo de las EPS, sobre las incapacidades superiores a 540 días, no se sujetó a la entrada en operación de la ADRES, como se aduce por el recurrente pues de la intelección de la norma lo que se desprende es que los recursos que la referida entidad administraría se

destinarían entre otras cosas a pagar a las EPS, las prestaciones económicas que las mismas reconocían a sus afiliados, encontrándose dentro de ellas las incapacidades que superaran los 540 días de incapacidad, quedando de esta manera zanjado el debate sobre el particular, por lo que a partir de la vigencia de la norma referida (9 de junio de 2015), se tiene por sentado que las incapacidades superiores a 540 días se encuentran a cargo de la EPS, pues no por el hecho que la ADRES entrara a administrar los recursos destinados a cubrir los aseguramientos y prestaciones económicas a cargo de la EPS, podría en razón de ello abstenerse del pago hasta la entrada en operación de la referida entidad, razón por la cual resulta improcedente y desacertado el razonamiento realizado respecto a que las incapacidades expedidas por el periodo comprendido entre el 13/01/2017 al 31/07/2017, no podrían ser reconocidas, pues se reitera, el reconocimiento expreso del asunto se deriva la disposición legal mencionada.

Aunado a lo anterior, se tiene que el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 del 2018, contempló el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, para los siguientes casos:

“ARTÍCULO 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días. Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).”

Como se observa, es claro que resulta procedente el pago de la incapacidad superior a 540 días, cuando se presenta alguno de los eventos antes mencionados.

Descendiendo en el análisis, se tiene que se encuentra acreditado que a la Señora ADRIANA VARGAS, le fue practicado dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, la cual en dictamen del 18 de diciembre de 2017, determinó que la demandante presentaba una pérdida de capacidad laboral del 26,30%, de origen común y con fecha de estructuración del 27 de noviembre de 2017 y además en el resumen de historia clínica se señaló “(...) Tiene diagnóstico de discopatía lumbar en el 2014, ha recibido manejo con analgésicos , terapia física, infiltraciones, No. 2 con intervalos de 6 meses, neurolisis lumbar en 2015 sin referir mejoría clínica, el 28 de marzo de 2017 refirió manejo quirúrgico. Con hemilaminectomía y artrodesis posterior L5-S1 y recibió terapia en el POP, niega mejoría clínica, refiere que tiene pendiente nueva neurolisis. Se encuentra en incapacidad médica desde julio de 2014. Actualmente refiere dolor en región lumbar y MID con parestesias, asociado con sedente y bípedo por mas de 1 hora. Independiente en AVD y ABC, refiere dificultad para realizar tareas del hogar, utilizar transporte público, subir escaleras”, lo que posiciona a la demandante dentro de la segunda hipótesis y/o evento que contempla la norma, por lo que evidentemente resulta

procedente la condena respecto al pago de las incapacidades superiores a 540 días.

Ahora bien, respecto a la documentación que el recurrente refiere que se necesita para proceder con el reconocimiento y pago de las incapacidades tales como certificado de pagos de incapacidades entre el día 181 al 540 del fondo de pensiones, carta del fondo de pensiones remitiendo caso del usuario, calificación de la pérdida de capacidad laboral, copia e la historia clínica de los especialistas de los últimos 6 meses e historia clínica que soporta la incapacidad tramitada, se precisa que las normas que regulan la incapacidades superiores a 540 días, al respecto nada mencionan, por lo que no se pueden exigir cargas adicionales a lo que contempla la norma para efectuar el reconocimiento y pago.

Aunado a lo anterior, nótese que en su mayoría se trata de documentos que se encuentran en poder de la misma EPS, pues es la que brinda la atención médica y en virtud de lo señalado en el artículo 2.2.5.1.2 del Decreto 1072 de 2015, la EPS se encuentra dentro de las personas interesadas en los dictámenes emitidos por las juntas de calificación y por tanto son de obligatoria notificación o comunicación, además que no se puede exigir al trabajador copia de la historia clínica para tramitar incapacidades.

Sin costas en esta instancia.

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

Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 27 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. En mi criterio se debe aplicar la cuantía como factor de competencia funcional en este tipo de procesos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **BLANCA MIRYAM HERNANDEZ PEÑA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 031 2020 00197 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió que se declarara la ineficacia de la afiliación que realizó a finales de 1998 a Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. y en consecuencia se declarara la ineficacia del traslado efectuado a finales del año 1999 a Porvenir S.A. y por tanto se retrotrajeran las cosas a su estado anterior y se ordenara Colpensiones tenerla adentro de sus afiliados, como si nunca se hubiese trasladado, al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resulte extra y ultra petita.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al fondo privado de pensiones y cesantías Colpatria S.A. a finales del año 1998 y posteriormente se trasladó de Colpatria S.A. a Porvenir S.A. a finales del año 1999, así mismo, mencionó que quien tenía la carga de la prueba de demostrar que cumplió con el deber de ofrecer información pertinente, veraz, oportuna y suficiente frente al cambio de régimen pensional, sus beneficios y consecuencias era Porvenir S.A., igualmente, señaló que cumplirá los 57 años de edad el 26 de febrero de 2022 y que realizadas las simulaciones pensionales en los dos regímenes se evidenció que la mesada pensional era ostensiblemente superior en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Como fundamento normativo citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Política, los artículos 21 y 36 de la

Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones dio contestación a la demanda, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante no probó causal alguna relacionada con que la afiliación a las administradoras privadas Colpatria S A y Porvenir S.A., fueran nulas e ineficaces cómo lo manifestó, teniendo en cuenta que la misma cumplía con los presupuestos legales para la existencia y que no infringía la norma, razón por la cual, no procedía la declaratoria de nulidad y por tanto no podía existir un regreso automático de la demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad como saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica

Por su parte, Porvenir S.A., contestó la demanda, manifestando que se oponía a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentaban la ineficacia de la afiliación, asimismo, indicó que pretendía imponer una carga adicional que no estaba a cargo de las AFP para la fecha

del traslado, ya que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para afiliados como para público en general, igualmente, resaltó que no podía pasarse por alto la decisión de ratificación realizada por la demandante en el traslado horizontal realizado y que para la fecha entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no existía disposición alguna relacionada con la naturaleza de la información que debían otorgar las administradoras de fondos de pensiones en relación con el traslado del régimen pensional, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia había señalado como norma aplicable a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en lo relacionado con el deber de información el numeral 1° del artículo 97 del decreto 663 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones condenatorias incoadas por la demandante BLANCA MIRYAM HERNANDEZ PEÑA a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo mensual legal vigente.

TERCERO: Como quiera que el resultado de la presente sentencia es adversa a las pretensiones del demandante se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento que la sentencia no sea apelada.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que si bien para la época del traslado de la actora no se requería que se documentara el cumplimiento del deber de informar no podía desconocerse que en el mismo formulario se indicó que se dio información sobre régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones del traslado, además que se encontraba probado que la demandante si recibió la información clara y suficiente respecto al traslado del régimen pensional, de acuerdo con lo confesado por la actora en el interrogatorio de parte rendido a solicitud de los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., por lo que no podía declararse la ineficacia de la afiliación reclamada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora, solicitó la revocatoria de la sentencia, mencionando que pese a que con el fallo se indicó que la demandante había recibido la información completa sobre el régimen de ahorro individual, del dicho de la demandante se desprendía que había recibido información sesgada y parcial, pues como características del régimen aludido solo le explicaron que se podía pensionar mucho más joven y con una mesada igual o superior a la del Seguro Social, sin que se le informara la realidad de las características del mismo, ni las consecuencias negativas de este, ni se le indicaran los aspectos que le podían beneficiar del régimen de prima media, igualmente, indicó que debía recordarse que la Corte Suprema de Justicia había señalado que desde su

fundación las administradores pensionales tenían el deber de informar en debida forma a los afiliados, de forma transparente comparada, la cual fuera suficiente, veraz y oportuna para que se pudiera tomar una decisión que de verdad beneficiará su derecho pensional, información que debía ser documentada por estas al ser quienes tenían la obligación de demostrar como se hicieron esas asesorías, así mismo, indicó que desde el 2018, se había señalado que se debía proceder con la ineficacia de la afiliación cuando la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional, así como, que no era suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación sino el cotejo de la información brindada en realidad, aduciendo que en el caso bajo análisis no se demostró que la actora hubiese recibido una información de fondo, comparada suficiente, pues solamente le explicaron algunos beneficios del régimen de ahorro individual con solidaridad y que si bien la misma informó en su interrogatorio que conocía que podía retornar no poseía los balances o parámetros para poder tomar una decisión acertada pues seguía confiando en la información que le había dado el asesor en el año del traslado iba a hacerse realidad.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655**

01, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», **es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos**

de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Precisado lo anterior y toda vez que el reparo de la recurrente se centra en lo atinente a que con el fallo se indicó que la demandante había recibido la información completa sobre el régimen de ahorro individual, siendo que del dicho de la demandante se desprendía que había recibido información sesgada y parcial, pues como características del régimen aludido solo le explicaron que se podía pensionar mucho más joven y con una mesada igual o superior a la del Seguro Social, sin que se le informara la realidad de las características del mismo, ni las consecuencias negativas de este, ni se le indicaron los aspectos que le podían beneficiar del régimen de prima media, se procede a analizar si en el presente asunto se cumplió con el deber de información suficiente para la escogencia del régimen pensional.

Descendiendo en el análisis, se advierte que reposan en el expediente la solicitud de traslado de régimen radicada por la demandante ante Colpatria el 20 de agosto de 1988 y la solicitud de traslado de AFP radicada ante Porvenir el 29 de diciembre de 1999, apreciándose que en esta última se registra en uno de los acápite denominados voluntad del afiliado lo siguiente: *“HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS*

IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARÓ QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARÓ QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME HICISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.”

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que la anterior declaración se efectuó cuando la demandante ya se había cambiado de régimen pensional, pues lo que estaba realizado era un cambio de administradora dentro del mismo régimen, por lo que resulta extraña su estipulación en dicho formulario, en todo caso, la afirmación señalada es demasiado abstracta e imprecisa pues indica que fue asesorada sobre todos los aspectos del régimen pensional y la implicaciones de su decisión, no obstante, no se puntualiza cuales son estos, tan solo atina a indicar que se suministró asesoría especialmente respecto al régimen de transición y los bonos pensionales, por lo que de ello no es factible colegir que se hubiese suministrado una información suficiente, clara y oportuna a la demandante.

Lo anterior, tampoco es factible colegirlo de lo expuesto por la demandante en el interrogatorio de parte vertido a solicitud de las demandadas, pues en este se indicó que su traslado a la AFP Colpatria se dio impulsado por el área de recursos humanos del Instituto Nacional de Vías que era donde laboraba, quienes les informaron que los visitarían asesores del fondo para efectuar las afiliaciones, reuniones que

posteriormente se adelantaron con éstos, en las que se suministró información de manera grupal y también a través de correos electrónicos, abordándose posteriormente a cada funcionario para hacer la afiliación, también, señaló que la asesora en su momento informó sobre la generalidad de la afiliación, mencionó que de la primera afiliación no tenía antecedentes de los extractos, pero que si había recibido los de Porvenir S.A. con respecto a los cuales si había tenido consultas sin embargo era remitida a la plataforma, igualmente, señaló que deseaba retornar al régimen de prima media porque cuando decidió hacer el traslado se le dieron unas razones “muy de fondo” para tomar la decisión, consistentes en que el Seguro Social iba a desaparecer, tendrían la oportunidad de tener una mesada pensional mejor y podrían pensionarse a una edad mas temprana, así mismo, mencionó que en el 2012 (mayo-junio), se acercó a Porvenir a efectos de saber y/o revisar que el tiempo que había cotizado con su antiguo empleador INVIAS estuviera debidamente validado, y posteriormente en junio de 2019, se acercó nuevamente a pedir una proyección de la pensión siendo allí donde se enteró de las condiciones es las cuales se daría su pensión con el fondo mencionado, aunado a lo anterior, respecto al traslado de la AFP Colpatria a la AFP Porvenir, mencionó que el proceso de traslado fue muy similar a la primera vinculación, pues este ocurrió porque la AFP iba a desaparecer y fue su empleador quien organizó las reuniones con los asesores del fondo para hacer las afiliaciones, mencionado que suscribió el formulario de forma voluntaria, la persona que realizaba la afiliación lleno los datos y ella lo firmó y al preguntársele si antes del 2012 considero la oportunidad

de retornar al ISS mencionó que no tuvo información para hacerlo y debido a la carga laboral tampoco lo efectuó, posteriormente, explico que aunque sabía que podía retornar al ISS, tenía la expectativa de lo que se le había indicado inicialmente por la administradora pensional.

Así las cosas, se tiene que pese a que obran los formularios de traslado de régimen realizado a la AFP Colpatria y de traslado posterior a la AFP Porvenir, estos no resultan suficientes, por las razones ya señaladas y atendiendo lo dispuesto en los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, pues ello tampoco era posible colegirlo del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, pues en este la misma dio cuenta de las reuniones realizadas por los fondos privados y puntualizó que la información suministrada solo mencionó los aspectos positivos que generaba la afiliación y/o traslado a las administradoras del régimen de ahorro individual, sin que se advirtiera como lo mencionó el a quo que en el interrogatorio la demandante hubiese confesado que recibió la información debida, pues aunque es cierto que la demandante indicó que recibió información sobre las generalidades de la afiliación, recibió extractos y se le dieron razones muy de fondo para adoptar la decisión de trasladarse de régimen, no puede perderse de vista que la información que relata la demandante

le fue suministrada consistió en que el Seguro Social iba a desaparecer, tendrían la oportunidad de tener una mesada pensional mejor y podría pensionarse a una edad más temprana, adicionalmente, y si bien también se aprecia que la demandante aceptó saber que podría cambiarse de régimen pensional en el 2012, no es menos cierto que refirió que no vio la necesidad de hacer el cambio pues tenía la expectativa de lo que se le había prometido al realizar el traslado, indicando que solo hasta el 2019 cuando solicitó una proyección de su pensión se enteró de la realidad de las condiciones en que se daría su pensión.

De lo anterior, no es posible colegir que la pasiva suministró a la demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora inicialmente a Colpatria el 20 de agosto de 1988 y posteriormente a Porvenir el 29 de diciembre de 1999.

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que el Fondo Privado demandado debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas

sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta en los escritos de contestación, se debe indicar que el fenómeno prescriptivo no se ha producido en la presente litis por cuanto los temas relacionados con los derechos pensionales no prescriben conforme a reiterada jurisprudencia de la H Corte Constitucional, así como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Aunado a lo anterior, la afiliación al ser el acto jurídico a través del cual una persona ingresa al Sistema General de Pensiones, o cambia de régimen pensional, lleva a que los afiliados acepten en ese momento los derechos y las obligaciones que el mismo sistema le impone

para tener derecho a las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, por ende la declaratoria de ineficacia no puede estar sujeta a las reglas de la prescripción, pues la validez de la afiliación puede afectar de manera ostensible la pensión de vejez del afiliado y por ello se puede revisar judicialmente en cualquier momento para evitar un perjuicio irremediable; así mismo, con fundamento en las anteriores consideraciones y por las mismas resultas del proceso, no hay lugar al estudio de las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el fallador de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de febrero de 2021, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la demandante BLANCA MIRYAM HERNANDEZ PEÑA, realizada al FONDO DE

PENSIONES COLPATRIA a partir del 20 de agosto de 1998 y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a partir del 29 de diciembre de 1999. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar su historia laboral.

CUARTO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de las demandadas. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000 y en primera instancia en la suma de \$1.000.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

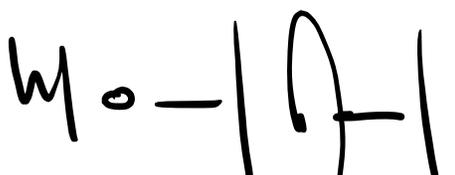
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000 y en primera instancia la suma de \$1.000.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **RAUL ALEJANDRO MALPICA CORREA** contra **INVERSIONES SIEMPRE VERDE S.A.S Y OTROS.**

RADICADO: 11001 3105 014 2017 00421 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de octubre de 2020.

En esta instancia se presentaron alegatos por la apoderada de las demandadas, en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia y adicionalmente, mencionó que se había acreditado en el proceso que las tareas fueron realizadas simultáneamente, en el mismo lugar y dentro de la misma jornada, sin que requiriera el actor tiempo adicional o desplazamiento a otros lugares y sin que se probara por la parte actora que se hubiese laborado tiempo extra; agrego que el actor desconoce que las actividades las desarrollo en virtud de un convenio de sinergia corporativa y que las pruebas testimoniales daban fe, que al ingreso a la empresa se le explico cómo era la modalidad de prestación del servicio, la cual era conocida por el demandante y que todo ello, en especial que no se hubieran prestado servicios en forma permanente, ni se cumpliera jornada exclusiva, constituía presupuesto, para denegar las pretensiones y que se confirmara el fallo impugnado.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarara que la empresa Siempre Verde S.A.S. permitió que las empresas Inversiones Colombaia S.A.S, Promotora Equilátero S.A.S., inversiones WGMM2 S.A.S. y Milenio 2012 S.A.S ejecutaran contratos de trabajo a término indefinido con él, los cuales eran violatorios de la legislación laboral, por lo que todas estas empresas eran responsables de manera solidaria de las obligaciones laborales debidas, ante la violación del ius variandi efectuada, igualmente, solicitó que se declarara que existieron los siguientes contratos de trabajo, con cada una de las

demandadas así: a) con Inversiones Colombaia S.A.S., Promotora Equilátero S.A.S. e inversiones WGMM2 S.A.S., por el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2013 y el 31 de julio de 2015, para desempeñarse como contador público y recibiendo un salario de \$3.000.000 y b) con Milenio 2012 S.A.S hoy en liquidación por el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2014 y el 31 de julio de 2015, para desempeñarse como revisor fiscal, recibiendo un salario de \$3.000.000, en consecuencia, y por cada una de las relaciones laborales antes mencionadas se condenará al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria del art. 65 del C.S.T. y pago de aportes al sistema de seguridad social, a los derechos que resultaren probados ultra y extra petita y a las costas, subsidiariamente, solicitó se ordenara el pago de la indexación de las condenas sobre salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido injusto.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que fue contratado como Director el Departamento de Contabilidad por la empresa Inversiones Siempre Verde S.A.S, a partir del 16 de diciembre de 2013, mediante contrato a término indefinido, que durante la vigencia de su vinculó contractual recibió la orden de prestar sus servicios en 4 empresas mas en las cuales su empleador, directivos y accionistas tenían intereses societarios, comerciales y/o patrimoniales, por lo que en modo simultáneo empezó a prestar servicios como contador publico en Inversiones Colombaia S.A.S., Promotora Equilátero e Inversiones WGMM2 S.A.S. y como revisor fiscal en la empresa Milenio 2012 S.A.S., así mismo, mencionó que

el 31 de julio de 2015 Inversiones Siempre Verde S.A.S, dio por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa, siendo retirado del cargo en las demás demandadas ese mismo día y que durante la vigencia del vinculo laboral con las 5 empresas, solo la sociedad Inversiones Siempre Verde S.A.S, pagó salarios, prestaciones sociales, aportes e indemnización por despido.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 13, 25, 53, 83, 89, 93, 95, 229 y 230 de la Constitución Política, los artículos 14, 21, 22, 27, 55, 64, 65, 127, 142, 143, 186, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 2, 5, 12, 25, 26, 27 y 34 del Código Procesal del Trabajo, el artículo 145 del Código General del Proceso, el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, las leyes 52 de 1975, 50 de 1990 y el Convenio 095 de 1949 de la OIT.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Las empresas demandadas dieron contestación al libelo demandatario como aparece a folios 278-328 (Inversiones Siempre Verde S.A.S), 434-482 (Milenio 2012 S.A.S) y 488-535 (Promotora Equilátero S.A.S., Inversiones Colombaia S.A.S e Inversiones WGMM2 SAS), en las que se opusieron a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuánto Inversiones Siempre Verde S.A.S, canceló al demandante todos los conceptos generados durante la vigencia de la relación laboral, igualmente, resaltaron que se pretendía desconocer que las actividades se desarrollaron en virtud del convenio de sinergia corporativa, en virtud del cual

la empresa aludida se encontraba facultada para que parte de su plantilla de personal prestara servicios de manera paralela a los miembros de la alianza, sin que ese pacto de manera alguna alterara el ius variandi, pues no se modificó el lugar de prestación de los servicios, ni se desmejoró el salario o condiciones de trabajo del demandante, resaltando que la ejecución de dichas actividades no generaba una relación contractual independiente.

Así mismo, indicaron que las actividades desplegadas por el actor fueron las relacionadas en el contrato de trabajo y para estas contaba con asesores externos, auxiliares y funcionarios que lo apoyaban en su labor, por lo que no era procedente reclamar obligaciones laborales frente a compañías en las que no prestó servicios en forma permanente, ni cumplió jornada exclusiva, ni designación de labores diferentes.

Inversiones Siempre Verde S.A.S., propuso las excepciones que denominó inexistencia de causa petendi por ausencia de solidaridad, cobro de lo no debido por ausencia de solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, pago y compensación, inexistencia de obligación en razón al convenio asociativo que permitió la modificación del contrato laboral en uso legítimo de parte del empleador de la facultad del Ius Variandi, inexistencia de la presunción de subordinación frente a las compañías llamadas en solidaridad, prescripción, innominada o genérica.

Por su parte, las demás demandadas propusieron las excepciones de mérito que denominaron: inexistencia de causa petendi por solidaridad, cobro de lo no debido por solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, inexistencia de obligación en razón al convenio asociativo que permitió la modificación del contrato laboral en uso legítimo de parte del empleador de la facultad del Ius Variandi, inexistencia de la presunción de subordinación frente a las compañías llamadas en solidaridad, liquidación de la empresa Milenio 2012 S.A.S, prescripción, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de octubre de 2020, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas *INVERSIONES SIEMPRE VERDE S.A.S., MILENIO 2012 EN LIQUIDACIÓN, INVERSIONES COLOMBAIA S.A.S, PROMOTORA EQUILATERO S.A.S., e INVERSIONES WGMM2 S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante RAUL ALEJANDRO MALPICA CORREA, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*

SEGUNDO: ABSTENERSE del análisis puntual de las excepciones propuestas por el extremo pasivo, dado el carácter absolutorio de la litis.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, por haber sido vencida en juicio. En su oportunidad se tasarán.

CUARTO: *En el evento de no apelarse esta decisión, dado que fue desfavorable a los intereses del demandante se ordena consultar con el superior.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que si bien se encontraba acreditada la prestación personal del servicio y aunque se generaba la presunción de la existencia de un contrato de trabajo para las demandadas, no podía pasarse por alto la forma en que se había dado la prestación del

servicio, como lo habían señalado los testigos, esto es, que se prestaron los servicios como contador o revisor fiscal a favor de las demandadas dentro de la jornada laboral y en las mismas instalaciones, teniendo para ello un equipo de trabajo a su cargo y asesores externos contables y tributaristas, con lo que se derrumbaba la presunción que en principio lo privilegio, máxime cuando el artículo 26 del C.S.T. y la jurisprudencia, establecían que para poder predicarse la coexistencia de los contratos debía existir una clara delimitación de la jornada y funciones desplegados en cada vínculo, que permitieran determinar que están desligados, aspecto que no cumplía en este caso, pues ni si quiera en la demandada se había puntualizado las labores que desplegaba en uno y otro ni la jornada prestada, concluyéndose que al desarrollarse actividades simultaneas la subordinación desaparecía.

Adicionalmente, mencionó que la prestación independiente para cada una de las demandada se desvirtuó aún más con el acuerdo de colaboración empresarial, suscrito entre las demandadas el 4 de diciembre de 2012, en el que se estipuló que dentro de las funciones asignadas en cada cargo eventualmente se deberían realizar actividades que directa o indirectamente beneficiaran a todas las empresas integrantes del acuerdo empresarial, dado que dicha cooperación era necesaria para el cabal cumplimiento de las relaciones comerciales y de servicios existentes, por lo que las actividades desplegadas por el actor en beneficio de las convocadas, no podía desligarse de tal acuerdo o examinarse con independencia del mismo, resaltándose que aunque se

variaron las condiciones iniciales del contrato en lo relativo a la modificación y/o ampliación de las funciones, no hubo modificación en los aspectos esenciales ni se afectó el honor, dignidad, intereses o derechos mínimos del trabajador, ya que no implicó una extensión de jornada, una sobrecarga laboral, o una degradación en el cargo, máxime que las actividades no eran permanentes en todas las empresas. Finalmente, frente a la cláusula de exclusividad pactada en el contrato, se indicó que esta era una obligación impuesta al trabajador, relacionada con la competencia, por lo que ello no impedía prestar los servicios a las empresas asociadas por el acuerdo mencionado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación y solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia, en la medida en que considera que sí se había probado el vínculo laboral con las otras empresas a través de los documentos que se presentaron tales como las Cámaras de Comercio y el RUT, que acreditan que prestó sus servicios, sin haber sido informado de dicha situación al momento de suscribir el contrato de trabajo, así mismo, refirió que aunque estaba de acuerdo con que la prestación del servicio se realizó sin una jornada extraordinaria y sin que tuviera que cambiar de lugar de trabajo, no se tuvo en cuenta las responsabilidades que generaba para el trabajador que tuviera que actuar como contador público en tres empresas y como revisor fiscal en otra, para las cuales no fue contratado, existiendo un enriquecimiento a favor de las demandadas que

no tuvieron que pagarle ninguna remuneración, prestación, ni aportes.

Igualmente, mencionó que no se revisaron los hechos de la demandada en donde se indicaron las labores independientes que realizó el trabajador para cada una de las empresas demandadas, refiere que se encuentra en desacuerdo con la interpretación de la cláusula de exclusividad pues esta también debía ser aplicable al empleador y que el acuerdo empresarial al que se aludía no hacía parte del contrato de trabajo, lo cual conducía a que había un abuso de poder, en el que las modificaciones introducidas desbordaban los límites del *ius variandi*.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto existieron multiplicidad de contratos de trabajo entre el demandante y las demandadas Inversiones WGMM2 S.A.S., Promotora Equilátero S.A.S, Inversiones Colombaia S.A.S. y Milenio 2012 S.A.S. Liquidada y en caso positivo las pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el Señor Raúl Alejandro Malpica Correa, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Inversiones Siempre Verde S.A.S, el 16 de diciembre de 2013, para desempeñarse como Director Departamento de Contabilidad, el cual estuvo vigente hasta el

31 de julio de 2015, fecha en que finalizó por decisión unilateral del empleador y respecto del cual se le cancelaron sus derechos laborales y ii) que el señor Raúl Alejandro Malpica Correa, también prestó sus servicios como contador y/o revisor fiscal para las demandadas Inversiones WGMM2 S.A.S., Promotora Equilátero S.A.S, Inversiones Colombaia S.A.S. y Milenio 2012 S.A.S. liquidada, en virtud del vínculo laboral adquirido con Inversiones Siempre Verde S.A.S.

Precisado lo anterior y toda vez que el recurrente aduce que en el caso bajo análisis si se acreditó la existencia de los contratos con documentos tales como el certificado de cámaras de comercio y Rut, resulta pertinente recordar que el fallador de primera instancia, mencionó que aunque se había acreditado la prestación personal del servicio y ello había generado la presunción de la existencia de un contrato de trabajo, no se habían estructurado los presupuestos de la subordinación, en tanto que la prestación de los servicios para todas las empresas se había realizado en una misma jornada y lugar de trabajo, sin distinción de funciones para una u otra, aspecto que no era atendible de acuerdo a la coexistencia de contratos y dado que se había realizado bajo el marco del acuerdo de colaboración empresarial suscrito entre las demandadas.

Así las cosas, se tiene que aunque en los certificados de cámara de comercio y Rut, figurara el demandante como empleado o revisor fiscal, ello perse no generaba la existencia de un contrato de trabajo con cada una de las demandadas, en especial dadas las condiciones en que se prestó el servicio

tal y como lo refirieron los testigos y lo aceptó el mismo recurrente en el recurso, relacionado con que la prestación del servicio para todas las demandadas se dio en la misma jornada y lugar de trabajo, resultando oportuno traer a colación la sentencia de la CSJ, SCL del 13 de marzo de 2013, Rad. 39874, en donde se indicó:

“En lo que atañe a las exigencias para que proceda la coexistencia de contratos, cabe traer a colación lo adocinado en sentencia de la CSJ Laboral, 29 de mayo de 2012, Rad. 40079, en la que se puntualizó:

“(…) importa recordar las exigencias que para la coexistencia de contratos de trabajo, ha señalado de vieja data la Jurisprudencia de esta Sala.

Ciertamente, desde el Tribunal Supremo del Trabajo quedó dicho:

“La pluralidad multiplicidad de compromisos no se opone a la subordinación si ejecutan sin interferirse en sus modalidades de espacio y tiempo convenidos para cada uno (...) ni antes ni después del Código la legislación ha sido opuesta a la pluralidad de patronos” (cas. 10 de marzo de 1954. Romero vs. Industrias Oliver).

Posteriormente, el mismo Tribunal reiteró:

“No se opone a la existencia del contrato de trabajo el que el actor en varias ocasiones celebrara y ejecutara diversos contratos en forma independiente: La ley permite la coexistencia de contratos con dos o más patronos. Sobre este asunto, en alguna ocasión el Tribunal supremo adujo las siguientes opiniones del autor Cabanellas: ‘Hoy se admite la pluralidad o multiplicidad de compromisos, siempre que las tareas a que se obligan no coexistan en la ocasión, momento u oportunidad; vale decir que las obligaciones no sean coetáneas o contemporáneas, pues de serlo, desaparecería automáticamente el elemento subordinación.’” (cas. 10 de junio de 1959, G.J. XC, núms. 2211, 2ª parte, pág. 855)

Muchas décadas después, la doctrina citada en precedencia se ha mantenido. En efecto, en sentencia del 12 de marzo de 1992, radicado 4812, enseñó esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

“Ha de observarse en primer lugar que no obstante el hecho de permitir el ordenamiento laboral la coexistencia de contratos (artículo 26 del C.S.T.), es indudable también que la multiplicidad de compromisos no deben coexistir ‘en la ocasión, momento u oportunidad’, es decir, que las actividades no sean coetáneas o contemporáneas, pues si ello ocurre desaparecería el elemento subordinación.

Debe, entonces, darse un deslinde que sea suficientemente claro, que no deje duda alguna en cuanto a que el tiempo, energía y dedicación que se vinculan a una actividad sean diferentes a las que se ejecutan en la otra función. Si esa separación no se da en forma concreta, puede deducirse razonadamente que la segunda actividad sea una derivación del desarrollo propio de la primera ocupación.

La Jurisprudencia ha expresado sobre el particular que ‘la legislación nacional, ni antes ni después del Código Laboral, no ha sido opuesta a la pluralidad de patronos. No sería lícito aprovechar los servicios de una

persona ya obligada con otra, a sabiendas, para luego negarle las garantías y derechos provenientes de su trabajo.

Siendo la jornada de trabajo un límite máximo a la duración del servicio, es permitido sin quebrantar contrato alguno, trabajar para otra persona fuera de ese límite o bien dentro del mismo si uno de los patronos no lo requiere ni lo exige tan completo como lo autoriza la ley.”

En pasado próximo más cercano, en sentencia del 2 de septiembre de 2008, radicado 31701, insistió la Corporación:

“(…) es posible material y jurídicamente que una persona celebre varios contratos laborales con un mismo empleador u otros de diferente naturaleza. Pero cuando coexistan varios contratos de trabajo con un mismo empleador, ‘su deslinde debe ser de tal naturaleza claro, que no ofrezca la menor duda en cuanto a que el tiempo, la energía y la dedicación que se vinculan a la primera sea distinta de las que se brindan a la segunda. De no ser así, es muy probable que quien observa la última pueda juzgarla razonablemente como una derivación o consecuencia de la dinámica propia de las gestiones o establecimientos que han servido y sirven para llevara a cabo la primera’ (sentencia de 13 de diciembre de 1954), que fue precisamente lo que sucedió en el sub examine.”

Conforme al precedente citado, es claro que para puedan coexistir varios contratos de trabajo, estos no pueden presentarse en mismo espacio y tiempo, al punto que la demarcación de cada uno debe ser totalmente evidente, es decir, que pueda determinarse el tiempo, energía y dedicación que se vinculan a una actividad y éstas sean diferentes a las que se ejecutan en la otra u otras, de manera que si esta separación no se da, podría deducirse que la segunda actividad se deriva de la primera.

Atendiendo el criterio antes mencionado y dado que para refutar lo anterior el recurrente refiere que las actividades realizadas para cada una de las demandadas fueron mencionadas en los hechos, al revisar los supuestos facticos 14, 15, 16, 17 y 18, se aprecia que se indica que fungió como contador y revisor fiscal y se relatan las mismas actividades prestadas para todas las demandadas, tales como certificación de balances generales, estados de resultados,

estados de flujo de efectivo, estado de cambio en la situación financiera, estado de cambio en el patrimonio comparativo, estado de cambio en el capital de trabajo e indicadores financieros, actividades desplegadas de las cuales dieron cuenta los testimonios rendidos por los señores Adriana Pedraza Celis (Contadora contratada por Promotora Equilátero - reemplazo al demandante), Jessica Carolina Cortes Donado (Gerente Financiera y Administrativa del Grupo contratada por Promotora Equilátero) y Robinson Ortiz Pérez (Contador subalterno del demandante – contratado por Inversiones Siempre Verde S.A.S.), por lo que no es cierto que existieran actividades disimiles y dado que las mismas se realizaban en un mismo espacio y tiempo, no existía una separación que permitiera determinar que se trataba de contratos diferentes, lo que conduce a concluir que los servicios prestados a Inversiones WGMM2 S.A.S., Promotora Equilátero S.A.S., Inversiones Colombaia S.A.S. y Milenio 2012 S.A.S. Liquidada, se deducían del contrato suscrito con Inversiones Siempre Verde S.A.S.

Lo anterior se soporta aun mas con el acuerdo de colaboración empresarial en actividades de gerencia, promoción y construcción de proyectos inmobiliarios, suscrito el 4 de diciembre de 2012 entre Promotora Equilátero S.A.S., Inversiones Siempre Verde S.A.S., Inversiones Colombaia S.A.S. e Inversiones WGMM2 S.A.S. (fl. 414 – 416), en donde en el inciso final del literal c de la cláusula 3 que contiene disposiciones frente a la infraestructura y personal se indica *“El personal contratado por las empresas que intervienen en este acuerdo, dentro de las funciones asignadas en cada cargo*

eventualmente deberán realizar actividades que directa o indirectamente beneficien a todas las empresas integrantes del acuerdo empresarial, dado que dicha cooperación es necesaria para el cabal cumplimiento de las relaciones comerciales y de servicios existentes entre las mismas.”, el cual si bien se refiere por el recurrente no hacía parte del contrato de trabajo, soportado en lo mencionado por el representante legal de Inversiones Siempre Verde S.A.S., quien manifestó no recordar si al momento de la suscripción del contrato se le mencionó que debería prestar sus servicios para las otras demandadas, no puede pasarse por alto que el acuerdo empresarial tiene una fecha de suscripción anterior a la vinculación del demandante con la empresa Inversiones Siempre Verde S.A.S. y aunque el representante legal de la empresa antes mencionada en el interrogatorio de parte vertido al preguntársele si el convenio y las obligaciones fueron pactadas en el contrato de trabajo manifestó que no conocía el detalle del contrato, no puede pasarse por alto que la testigo Jessica Carolina Cortes Donado, Gerente Financiera y Administrativa del Grupo, mencionó que participó en el proceso de selección del actor y precisó que desde la entrevista se le había indicado al ex trabajador que los servicios debían prestarse para las empresas que en su momento tuviera el grupo, por lo que, aunque en el contrato de trabajo esta situación no hubiese quedado estipulada, se encuentra acreditado que si conocía tal situación, por lo que no se advierte que se hubiesen desbordado los límites del Ius Variandi en cuanto a la modificación de las condiciones de trabajo.

Tampoco puedo pasarse por alto, que los testigos mencionados, dieron cuenta que el cargo desplegado por el actor contaba con un equipo a su cargo y asesores externos, precisándose por el Señor Ortiz Pérez, que el equipo de trabajo estaba conformado por 4 personas, quienes también colaboraban con las actividades de todas las empresas, por lo que la carga y responsabilidad no recaía solo en el demandante y no podría considerarse que existía un enriquecimiento en favor de las demandadas, cuando es claro que las actividades para todas las demandadas se realizaba dentro de la misma jornada y en el mismo lugar.

Finalmente, y en lo que respecta a que la cláusula de exclusividad también debía ser aplicable al empleador, debe tenerse en cuenta que al revisar el clausulado contractual, se advierte que la aludida cláusula se encuentra dentro de los compromisos que adquiere el trabajador en favor del empleador (clausula 1), es decir, que recae exclusivamente en el trabajador y en todo caso, esta se pacta a efectos que el trabajador no preste servicios del mismo género y variedad de los que se obligó en favor del empleador a otros empleadores, con miras a la protección de la información, técnicas, o conocimientos que le supongan una ventaja competitiva en el mercado, y por tanto su aplicación no resulta predicable respecto del empleador, quien provee la fuente de empleo y requiere dinamización en la consecución del talento que se adapte a las necesidades y requerimientos de la empresa.

Bajo las premisas anteriores se confirmará la decisión del a quo.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - H' with a vertical line through the 'H'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
LUIS ANGEL CANTOR HERRERA contra CAFESALUD EPS EN
LIQUIDACIÓN.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00963 01

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

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por CAFESALUD EPS S.A., contra el fallo proferido el 31 de enero de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 30 de diciembre de 2020 (fl. 144) y remitido el expediente a esta Corporación el 30 de julio de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

El demandante pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento económico de la suma de \$12.976.495, gastos que asumió y pagó a la Clínica Colsanitas por concepto de la atención de urgencias, hospitalización y cirugía realizada a su esposa DORA HERNANDEZ OROZCO.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

El demandante manifestó que el día 18 de marzo de 2017, su esposa se enfermó, la llevó a un médico particular quien con los resultados y exámenes que le había ordenado determinó que debía trasladarla de manera urgente a un centro hospitalario por apendicitis, por lo que el 19 de marzo de 2017, llevó a su esposa a la clínica de occidente, en donde le dijeron que la llevara al complejo de Cafesalud pues no tenían convenio vigente en la EPS, no obstante, en el complejo de Cafesalud le dijeron que su esposa no aparecía registrada como beneficiaria y que si la atendían pero pagando por particular, ante la gravedad de la situación se traslado con su esposa a la Clínica Sanitas, en donde la atendieron de urgencia ingresándola al sistema como paciente particular, la hospitalizaron y le realizaron procedimiento quirúrgico por apendicitis y peritonitis generalizada, en donde al darle de alta el 27 de marzo de 2017, debió cancelar el valor de \$12.976.495 por haber sido atendida como particular.

III. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS

La demandada sostuvo que había falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de CAFESALUD EPS S.A., en razón a que la señora DORA HERNANDEZ OROZCO no se encontraba afiliada a CAFESALUD EPS S.A. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, señalando que la situación presentada por la señora DORA HERNANDEZ OROZCO, esposa del demandante constituía una urgencia (peritonitis), que la misma se encontraba afiliada como beneficiaria a CAFESALUD EPS para el mes de marzo de 2017 y que tanto el demandante como su beneficiaria se encontraban activos en la EPS SANITAS desde el 1 de abril de 2017, por lo que la atención correspondía a CAFESALUD EPS, evidenciándose respecto de esta falta de diligencia, oportunidad, continuidad e integralidad en los servicios de salud que requería la afiliada para la atención de urgencias por cuyo diagnóstico se trasladaron las cargas administrativas al paciente y a su cónyuge, debiendo incurrir en unos gastos administrativos que eran del resorte del aseguramiento de la EPS.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

CAFESALUD EPS, impugnó la decisión, mediante escrito en el que solicitó la modificación de la sentencia, en el sentido que el valor a reconocer se determinara conforme al Manual tarifario SOAT Decreto 2423 de 1996, igualmente, mencionó que mediante Resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019, se ordenó la liquidación de CAFESALUD EPS S.A, proceso que había iniciado el 5 de agosto de 2019, por lo que teniendo en cuenta que el pago de la acreencia se realizaría de conformidad con lo establecido en el Decreto 2555 de 2010, los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, solicitó que en el evento e que no se revocara la sentencia se ordenara al demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatorio radicando su acreencia.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver debe tenerse en cuenta que en el presente asunto se determinó que existió falta de diligencia, oportunidad, continuidad e integralidad en los servicios de salud que requería la afiliada Dora Hernández Orozco para la atención de urgencias, en condición de beneficiaria del demandante y ello fue lo que generó que el señor Luis Ángel Cantor Herrera, debiera asumir el costo de la atención por urgencias, intervención quirúrgica y hospitalización que fue recibida por su esposa, y como quiera que este valor fue determinado por la Clínica Universitaria Colombia, IPS en la que se suministró la atención, tal y como se acreditó con el

“listado de cargos confirmados” allegados por la referida clínica ante solicitud realizada por la Superintendencia, la demandada deberá cancelar este valor al demandante, pues suficientes cargas administrativas ya le transmitió la EPS en su cabeza como para que solo se reconociera el valor determinado en las tarifas reguladas, pues se reitera la atención particular recibida por la señora Hernández Orozco, se originó en la equivocada afirmación de no encontrarse registrada como beneficiaria en salud del demandante, cuando quedó acreditado que la misma si ostentaba tal calidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)”

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en el presente asunto la Superintendencia Nacional de Salud, en el fallo expedido en primera instancia determinó que CAFESALUD EPS S.A. hoy en liquidación debía proceder con el reembolso de los gastos sufragados por el demandante y toda vez que del precedente y normatividad citada se desprende que el proceso liquidatorio es reglado y establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito, el demandante está habilitado para actuar de conformidad con las reglas precedentes, para que si a bien lo tiene, se haga parte en el proceso de liquidación y reclame el pago de la prestación que le fue reconocida por la Superintendencia Nacional de Salud en sentencia del 31 de enero de 2020, y que se confirmará en esta

providencia, sin posibilidad de incluir pronunciamiento alguno en razón a que la competencia de este tribunal está referida a las materias de la apelación y a las competencias asignadas en la Ley, dentro de las cuales no se encuentra la de dar instrucciones a las partes sobre lo que deben hacer.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 31 de enero de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. En mi criterio se debe aplicar la cuantía como factor de competencia funcional en este tipo de procesos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por ARAMINTA ROMERO ROMERO contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., MATILDE SANCHEZ CAVIEDES, CESAR ALEXANDER VEGA RODRIGUEZ, MARIA MARYOLY VEGA RODRIGUEZ y VICKY YISEL VEGA RODRIGUEZ.

RADICADO: 11001 3105 014 2014 00740 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante Araminta Romero Romero contra la sentencia proferida por el

Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de abril de 2021.

En esta instancia se presentaron alegatos por los apoderados de la demandante y de Porvenir .S.A., en donde el apoderado de la parte actora reiteró la solicitud de revocatoria de la sentencia, en la medida en que con la prueba testimonial recepcionada, se acreditaba que la Señora Araminta había hecho vida marital con el señor Jaime Enrique Vega, durante 8 años, 4 meses y 12 días, y que la actora dependía del mismo, pero que pese a ello, y a que los testigos fueron contestes con las circunstancias de tiempo, modo y lugar no se les dio el valor probatorio de acuerdo con los principios de la sana critica; resaltando que los testimonios junto con la prueba documental desvirtuaban el derecho de los otros reclamantes.

Por su parte, Porvenir S.A., solicitó confirmar la sentencia, manifestando que se ratificaba en todos los argumentos esgrimidos en el escrito de contestación de la demanda, así como en lo manifestado en los alegatos de conclusión ante el A-quo.

I. ANTECEDENTES

La demandante Araminta Romero Romero pretendió que se declarará que fue compañera permanente del causante Jaime Enrique Vega, entre el 1° de enero de 2002 hasta el 12 de mayo de 2009 (fecha de fallecimiento del mismo) y, en consecuencia, tenía derecho a que Porvenir S.A., le reconociera y pagara la pensión de sobrevivientes, a partir del 13 de mayo de 2009,

debidamente indexada, en 14 mesadas anuales y con los reajustes de ley. Así mismo, solicitó que se declarara que los señores Matilde Sánchez Caviedes, Cesar Alexander Vega Rodríguez, María Maryoly Vega Rodríguez, Vicky Yisel Vega Rodríguez y los herederos indeterminados, no tenían derecho a la pensión de sobrevivientes, por no reunir los requisitos que exigía la ley.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que empezó a convivir con el señor Jaime Enrique Vega, desde el 1° de enero de 2002, hasta la fecha del fallecimiento del mismo (12 de mayo de 2009) y que de dicha unión no se procrearon hijos; igualmente señaló que el 18 de diciembre de 2009, presentó solicitud de reconocimiento de pensión de sobrevivientes ante Porvenir S.A., quien respondió en comunicación del 13 de mayo de 2010, solicitando aportar la documentación de los hijos del causante.

Como fundamento normativo, citó los artículos 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, así como, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada dio contestación al libelo demandatario como aparece a folios 68-78, así como, a la reforma de la demanda (fl.205), en donde manifestó que no se oponía ni allanaba respecto a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la prestación reclamada, pues no estaba en discusión que el señor Jaime Enrique Vega dejó causado el

derecho para que sus beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes, pero que no estaba claro a quien o quienes correspondía el derecho, pues además de la demandante también existían las señoras Matilde Sánchez Caviedes y Cristobalina Rodríguez Acuña, quienes no se habían presentado a reclamar, por lo que no se había podido emitir un pronunciamiento de fondo, toda vez que la reclamación de los hijos fue definida de fondo con el rechazo de la solicitud, destacando que dado el carácter de irrenunciable e imprescriptible de la pensión, se tenía la obligación legal de mantener la reserva de la totalidad de la prestación económica, máxime que al ser una entidad de derecho privado no tenía jurisdicción ni competencia para dirimir conflicto de beneficiarios; de otra parte y respecto a la condena en costas, se opuso a la misma haciendo énfasis en que había actuado de manera diligente, responsable y de buena fe. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de causa para pedir, buena fe de Porvenir S.A., innominada o genérica y prescripción.

Mediante auto del 19 de agosto de 2015, notificado por estado del 20 del mismo mes y año, se ordenó integrar el contradictorio con Matilde Sánchez Caviedes, Cesar Alexander Vega Rodríguez, María Maryoly Vega Rodríguez y Vicky Yisel Vega Rodríguez, no obstante, y si bien estos solicitaron amparo de pobreza, el que les fue concedido, quedaron notificados por conducta concluyente y al no haber adelantado gestiones para su representación judicial, mediante proveído del 15 de noviembre de 2016, notificado por estado el día 16 del mismo mes y año, se tuvo por no

contestada la demanda de parte de los mismos. De igual forma, se advirtió que en este mismo auto se ordenó notificar y correr traslado de la demanda y su reforma a la señora Cristobalina Rodríguez Acuña.

Por su parte, el curador ad litem de Cristobalina Rodríguez Acuña, dio contestación como se observa a folio 195, manifestando frente a las pretensiones que se atendería a lo que resultare probado.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de abril de 2021, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones formuladas por la demandada denominadas falta de causa para pedir y buena fe.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que las prestaciones debía analizarse de acuerdo con lo señalado en los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, precisando que no había discusión en que el causante había dejado causado el derecho tal y como lo señaló Porvenir S.A. y se corroboraba con la historia laboral allegada, acto seguido, se señaló que se descartaban los hijos como beneficiarios ya que para el momento del deceso del afiliado los hijos eran mayores de edad y no se encontraban incapacitados para trabajar por estudios, luego y en forma previa a analizar la situación de la demandante y las señoras Matilde Sánchez Cavides y

Cristobalina Rodríguez, indicó que tratándose del tiempo mínimo de convivencia la C.S.J, S.C.L en sentencia SL1730-2020, señaló que se consideraba compañero o compañera permanente, en el evento de la muerte de un afiliado a la última persona que hubiese hecho vida material durante un lapso no inferior a 2 años.

Posteriormente, procedió a analizar las pruebas indicando que la prueba testimonial no daba cuenta de la convivencia en la medidas que los testimonios no ofrecían suficiente credibilidad frente a esta en razón a que desconocían aspectos trascendentales del causante, se presentaban contradicciones y en el caso de la hija de la demandante se contaba con vínculo de familiaridad que podría incidir en beneficio de la progenitora, por lo que al no existir otros medios de prueba distintos, dado que la declaración juramentada aportada rendida por la misma no podría ser tenida en cuenta, no se acreditaba la convivencia de la demandante con el causante, requerida para el reconocimiento pensional.

Respecto a las señoras Cristobalina Rodríguez y Matilde Sánchez Cavides, se manifestó que no existía prueba a analizar, pues la señora Rodríguez estaba representada por curador a quien no le constaba el vínculo de esta con el causante y respecto de la señora Sánchez se tuvo por no contestada la demanda, concluyendo que al no haberse acreditado la convivencia de ninguna de estas se absolvía a la demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia en la medida que no se reconoció la pensión de sobrevivientes, decisión que era contraria a derecho pues estaba suficientemente acreditado la causación del derecho, ya que se había demostrado la convivencia de la demandante con el causante en los 5 años anteriores al fallecimiento, con la prueba documental y los testimonios recepcionados, por lo que resultaban avante las pretensiones, adicionalmente indicó que la misma demandada reconoció que el causante tenía derecho a la pensión y que se estaba en espera a que dentro del proceso ordinario se demostrara quien tenía derecho a esta prestación, también solicitó se ratificara que las señoras vinculadas al proceso que pretendían demostrar que fueron compañeras permanentes del causante no acreditaron su derecho.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará sobre la viabilidad del reconocimiento de la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente a la señora Araminta Romero Romero, con ocasión del fallecimiento del afiliado señor Jaime Enrique Vega.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia respecto a los siguientes puntos i) el señor Jaime Enrique Vega, falleció el 12 de mayo de 2009 (según da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante a folio 87 del expediente); ii) el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte del Señor Jaime Enrique Vega ocurrió en vigencia de dicha normatividad y iii) que el señor Jaime Enrique Vega, contaba con más de 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, tal y como lo aceptó Porvenir S.A. al contestar la demanda y se advirtió de la relación de aportes allegada por Porvenir S.A. (fls. 81-86).

Así, se tiene que el **artículo 74 de la Ley 100 de 1993** (modificado artículo 13 de la Ley 797 de 2003), consagra quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en los siguientes términos:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (Subrayas y negrita fuera de texto).

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

(...)”

Descendiendo al caso objeto de análisis y como quiera que la demandante manifestó que convivió con el Señor Jaime Enrique Vega desde el 1° de enero del año 2002 hasta el día de fallecimiento del mismo, se procederá a analizar si se encuentra acreditada la convivencia de cinco años, que es el punto principal de reparo del recurrente pues aduce que si está probada.

Procede la Sala a apreciar los medios de prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, advirtiendo que como documentales relevantes se allegaron las siguientes:

- Acta de colocación en hogar amigo, de fecha 28 de agosto de 2008, expedida por el ICBF (fl. 25-27), en la que se registra a los señores Araminta Romero Romero y Jaime Enrique Vega, como representantes del niño Jesús David Jaramillo Torres, acta de la se resaltan los siguientes apartes:

“(...)

ANTECEDENTES

(...)

En el mes de noviembre del año 2006, el progenitor del niño lo dejó al cuidado de la pareja conformada por ARAMINTA ROMERO ROMERO Y JAIME ENRIQUE VEGA, pues en aquella época araminta se dedicaba al cuidado de niños en la casa y el señor Hernán Jaramillo Reina padre del niño comenzó a dejarlo en forma paulatina lo visitó en dos oportunidades hasta que un día desapareció. Cuando esto sucedió el niño tenía seis años de edad.

(...)

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Teniendo en cuenta los conceptos de los profesionales de las áreas de psicología y trabajo social, este Despacho decide que los señores ARAMINTA ROMERO ROMERO y JAIME ENRIQUE VEGA tengan bajo su cuidado al niño JESUS DAVID JARAMILLO TORRES (...)”

- Solicitud de vinculación realizada por el causante a Porvenir S.A., de fecha 18 de mayo de 1995 (fl. 80), en

donde se registra en la información de sus beneficiarios a Cesar Alexander Vega, María Maryoli Vega, Viky Yiced Vega y Matilde Sánchez Caviedes

- Acta extraprocesal rendida por Cristobalina Rodríguez Acuña, el 5 de diciembre de 2012, ante la notaria 58 del Circulo de Bogotá D.C. (fl.125), en donde la mencionada señora refiere que convivió con el causante entre el 22 de junio de 1980 y el 6 de noviembre de 1992 y que de dicha unión se procrearon 3 hijos Cesar Alexander vega Rodríguez, María Maryoly Vega Rodríguez y Vicky Yisel Vega Rodríguez, quienes eran los únicos con derecho a reclamar lo perteneciente al señor Jaime Enrique Vega.
- Acta extraprocesal rendida por los señores Cesar Alexander vega Rodríguez, María Maryoly Vega Rodríguez y Vicky Yisel Vega Rodríguez, el 5 de diciembre de 2012, ante la notaria 58 del Circulo de Bogotá D.C. (fl. 126), en donde manifiestan que la señora María Matilde Sánchez Caviedes, convivió con su padre desde el 12 de abril de 1993 hasta el 24 de enero de 2005, por lo que eran los únicos herederos del mismo.
- Acta extraprocesal rendida por María Matilde Sánchez Caviedes, el 14 de diciembre de 2012, ante la notaria 58 del Circulo de Bogotá D.C. (fl. 128), en donde manifiesta que convivió con el causante desde el 12 de abril de 1993 hasta el 24 de enero de 2005.
- Fotografías visibles a folios 199 – 202, en cuyas notas manuscritas se registran celebraciones de cumpleaños y grados escolares como correspondientes a los años 2007 y 2008.

Se recibieron los testimonios de las señoras Marlen Buitrago (fue vecina de la demandante, dice que la conoce hace 17 años cuando vivió en el barrio Potosí entre el año 1999 – 2003, luego de esto siguieron en contacto telefónicamente), Paola Andrea Jiménez Romero (hija de la demandante), Ana Silvia Murillo Hernández (distingue a la demandante desde 1999 cuando llegó a vivir a al barrio caracolí) y Carmen Rosa

López Molina (conoce a la demandante desde hacía 33 años cuando trabajaron en una casa de familia en chapinero), quienes fueron claras y expresas en detallar que la convivencia entre Araminta Romero y el Señor Jorge Enrique, empezó a partir del 1° de enero de 2001, la cual se dio hasta la fecha de fallecimiento del mismo, que vivían en un casa propia con los dos hijos de Araminta, que la señora Araminta dependía económicamente del causante, pues ella no trabajaba por un accidente que le había ocurrido en la mano y que a veces en el barrio cuidaba niños, así mismo, mencionaron visitar con cierta frecuencia el hogar de la pareja aludida, sin embargo, la espontaneidad en sus declaraciones resulta cuestionable en tanto que a pesar de conocer con tanta precisión el inicio de la convivencia y mencionar que visitan con frecuencia a la pareja resulta extraño que la señora Marlen Buitrago y Ana Silvia Murillo Hernández, no tuvieran un claro conocimiento de los hijos que tenía el causante de una relación anterior, al punto que la Señora Buitrago refirió que el señor Jaime Enrique Vega, le comentó que tenía hijos pero no llegaron a hablar mas del tema y la Señora Murillo refirió que no tuvo conocimiento que el causante tuviera hijos, ni que estos hubiesen asistido a las honras fúnebres de su padre, de igual forma, resulta paradójico que la Señora Buitrago señalara que no sabía a qué se dedicaba el causante al momento de su fallecimiento y que la Señora Murillo no conociera o recordara el apellido del mismo, además de presentar una contradicción al momento de preguntársele quien asumía los gastos de la demandante para la fecha del deceso del causante, pues inicialmente mencionó que los gastos los sufragaba la hija de la señora Araminta (Paola

Jiménez) y posteriormente refirió que quien le ayudaba económicamente era el señor Jaime Enrique, finalmente, debe señalarse que se presenta una contradicción entre estos testimonios pues la señora Buitrago refiere que conoció a la demandante cuando vivían en el barrio potosí, viviendo la testigo en dicho barrio desde 1995 hasta el año 2003 y la señora Murillo manifiesta que distinguía a la demandante desde 1999 cuando llegó a vivir al barrio Caracolí.

Respecto al testimonio de la señora Carmen Rosa López, se advierte que la misma manifestó que recordaba que la convivencia entre la pareja conformada por Araminta Romero y Jaime Vega, inicio el 1° de enero de 2001, porque para esa fecha cumplía un familiar y se reunía la familia, lo cual no resulta un argumento justificable para tener conocimiento de la convivencia a partir de esa fecha, además que de su relato respecto a la frecuencia con que visitaba a la pareja se desprende que ello ocurrió mucho tiempo atrás cuando los hijos de cada una eran niños, pues aunque señaló que los visitaba con una frecuencia de 2 meses, como en los cumpleaños de la niña y el bautizo del niño, ello no se compadece con la edad que tenía la hija de la demandante para el momento del deceso del causante que de acuerdo con la edad mencionada por la testigo Paola Jiménez (hija de la demandante), en sus generales de ley, se concluye que rondaba los 23 años, aspectos que generan duda frente a la verdad real del testimonio.

Frente al testimonio de la Señora Paola Jiménez, si bien no debe ser desestimado per se por su vínculo de consanguinidad

con la demandante, es claro que se podría tener un interés en favorecer a su madre en el reconocimiento de la prestación, además, por lo que el mismo debe ser valorado en conjunto con las demás pruebas aportadas, en esa medida, y dado que en el acta de colocación en hogar amigo, de fecha 28 de agosto de 2008, expedida por el ICBF, se registró en los antecedentes que el menor Jesús David Jaramillo, en el mes de noviembre del año 2006, fue dejado al cuidado de la pareja conformada por Araminta Romero Romero y Jaime Enrique Vega, se tiene que la convivencia acreditada resulta a partir del mes de noviembre del año 2006, lo cual coincide con lo indicado por los hijos del causante, Alexander vega Rodríguez, María Maryoly Vega Rodríguez y Vicky Yisel Vega Rodríguez, en el acta extraprocesal rendida, el 5 de diciembre de 2012 ante la Notaria 58 de Bogotá D.C., en donde manifestaron que la señora María Matilde Sánchez Caviedes, convivió con su padre desde el 12 de abril de 1993 hasta el 24 de enero de 2005, debiéndose resaltar que esto mismo, lo expuso la señora Sánchez Caviedes en la declaración extraprocesal vertida el 14 de diciembre de 2012, figurando la misma como beneficiaria del causante en la solicitud de vinculación a Porvenir S.A. que este realizó en el año de 1995, en donde la registro en condición de cónyuge, espacio de tiempo que también coincide con las anotaciones manuscritas registradas bajo las fotografías aportadas por la demandante en donde se reconocen celebraciones familiares de cumpleaños y grado entre los años 2007 y 2008, manifestaciones que contrarían incluso lo señalado en el hecho 8 del libelo inicial de demanda en donde se refiere que a los hijos del causante escasamente los había visto.

Conforme a lo anterior, se tiene que en este caso solo es posible colegir que existió una convivencia entre la señora Araminta Romero Romero y el Señor Jaime Enrique Vega entre noviembre de 2006 y la fecha de su fallecimiento (12 de mayo de 2009), es decir, por un lapso de 2 años, 6 meses y 12 días, por lo que no se cumple con los 5 años de convivencia exigidos.

Frente al tema de la convivencia, debe precisarse que si bien la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencias SL1730-2020 y más recientemente en la SL2820-2021, había señalado que tratándose de la muerte de un afiliado no era dable exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, debe tenerse presente que mediante sentencia SL-4318-2021, radicación No. 77327 del 22 de septiembre de 2021, nuestro máximo órgano de cierre acató la sentencia de la Corte Constitucional SU-149-2021, en la que se mantuvo el antiguo criterio de convivencia aplicable tanto para pensionados como para afiliados, bajo el entendido que *“(...) la reclamante requería una convivencia mínima de 5 años con anterioridad a la muerte del afiliado causante de la prestación, sin que aquella fuera establecida en las instancias, incurriendo por tanto el juzgador en el yerro jurídico endilgado, teniendo en cuenta que ordenó el reconocimiento, con la acreditación de únicamente 3 años de convivencia.”*, de lo que resulta claro que el tiempo mínimo de convivencia que debe acreditarse incluso respecto de un afiliado corresponde a 5 años anteriores a la muerte del causante.

Bajo las premisas anteriores se confirmará la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000

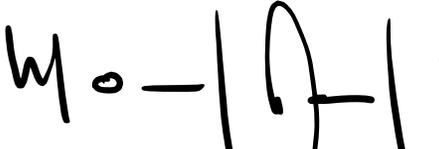
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSEY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -
DIAN contra CAFESALUD EPS S.A. y MEDIMAS EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00305 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la DIAN, contra el fallo proferido el 21 de febrero de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 13 de noviembre de 2020 (fl. 82) y remitido el expediente a esta Corporación el 25 de marzo de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La DIAN, pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de la incapacidad generada por valor de \$139.933 a uno de sus funcionarios, más los intereses moratorios generados desde la fecha del pago de la incapacidad y hasta que se realizara el reembolso a la tasa establecida en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La DIAN, manifestó que el servidor público Norvin Mosquera Corredor, encontrándose afiliado a Cafesalud EPS S.A., utilizó los servicios médicos prestados por la referida EPS, generándose una incapacidad del 13 de marzo al 17 de marzo de 2015, por 5 días, la cual le fue reconocida al funcionario en el mes de agosto de 2015, conforme constaba en el comprobante de nómina que se aportaba.

III. RESPUESTA MEDIMAS EPS S.A.

MEDIMAS EPS S.A., sostuvo que se oponía a las pretensiones de la demanda, por cuanto no era la legalmente obligada a reconocer y pagar las obligaciones causadas cuando ni si quiera había iniciado operaciones, y que en todo caso tampoco hacían parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, mencionando que coadyuvaba la petición del accionante encaminada a que se

ordenara como único responsable a Cafesalud EPS, por el reconocimiento y pago de la incapacidad, toda vez que la demanda iba dirigida en contra de Cafesalud EPS y en ningún aparte se dirigió contra Medimás EPS. Propuso la excepción de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS S.A.

Cafesalud EPS, propuso la excepción que denominó “*No existe prueba del pago de la incapacidad objeto del reembolso*”, ya que se reclamaba el pago de las incapacidades generadas entre el 13 de marzo de 2015 y el 17 de marzo de 2015, sin embargo, adjuntan un soporte de nómina del mes de agosto de 2015, lo cual no probaba que el pago correspondiera a las incapacidades objeto del reembolso, máxime que en el mismo comprobante se señalaban 5 incapacidades por 35 días sin precisar fecha de causación.

V. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, no accedió a las pretensiones planteadas, señalando que el comprobante allegado al expediente no correspondía al pago de la incapacidad reclamada, debido a que la incapacidad era de marzo y el desprendible de pago allegado correspondía al mes diciembre de 2015, precisando que si bien el empleador podía cancelar las prestaciones económicas en cualquier tiempo, era su deber probar de manera idónea que el pago realizado correspondía a

la incapacidad reclamada, resaltando que el despacho podía dar por probado el pago de una prestación económica sin mayor requerimiento que el desprendible cuando hubiesen transcurrido máximo 2 meses, pero si el pago se extendía más allá resultaba impropio asumirlo como pago, razón por la cual al no existir documento idóneo que certificara el pago resultaba imposible acceder a las pretensiones de la demanda.

VI. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La DIAN, impugnó la decisión, refiriendo que el requerimiento realizado con el auto admisorio se atendió remitiéndose correo electrónico por parte del coordinador de Tesorería, el cual fue enviado con copia al correo institucional de la superintendencia, adjuntándose certificación del mes de febrero de 2015, igualmente, refirió que la incapacidad debía surtir unos tramites administrativos internos por lo que fue liquidada en la nómina de agosto de 2015, como se advertía en el desprendible de nómina de agosto de 2015 (allegó pantallazo), que la DIAN si liquidó la incapacidad en el servidor en la nómina de agosto de 2015, tal como se evidenciaba en los registros contables (allegó pantallazo) y en el certificado de la coordinación de nómina donde se evidenciaba el periodo y el valor pagado por la mencionada incapacidad (allegó pantallazo), de lo que se evidenciaba que si existían elementos probatorios que sustentaban y corroboran lo expuesto en el escrito de demanda.

VII. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por la DIAN, debe tenerse en cuenta que en materia de reembolso del pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad, el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, establece respecto del trámite para el reconocimiento de las mismas al trabajador que éste debe ser adelantado por el empleador, pues se señala:

“ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. *El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.*

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el empleador, deberá pagar la incapacidad y/o licencia al trabajador en los eventos que lo contempla la ley¹ y luego proceder con el recobro y/o reembolso ante el Sistema General de Seguridad Social, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016 (modificado artículo 3 del Decreto 1333 de 2018), en el que se señala:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. *<Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o

¹ Por regla general sería respecto de las incapacidades expedidas hasta el día 180 de incapacidad, debiéndose tener en cuenta que son a cargo del empleador los 2 primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las EPS a partir del tercer día de incapacidad hasta el 180 (Ver Art. 3.2.1.10. del Decreto 780 de 2016 y Art. 142 Decreto 019 de 2012).

transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla <sic> cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas. (Subrayas y negrita fuera de texto).

PARÁGRAFO 1. *La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4o del Decreto-ley 1281 de 2002.*

PARÁGRAFO 2. *De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.”*

Así se tiene que, de conformidad con la normatividad citada a efectos de determinar la procedencia del reembolso que se solicita por el empleador, lo primero que debe realizarse es la verificación del pago efectuado por el empleador al trabajador y que se encuentre al día en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, por lo que acreditado lo anterior, resultaría viable el reconocimiento de la incapacidad y/o licencia.

Precisado lo anterior, procede la sala a revisar, los documentos obrantes en el expediente, advirtiendo que los comprobantes de nómina que se allegaron en su momento, obedecieron al del mes de diciembre de 2015 (fl. 11), noviembre de 2015 (fl. 37) y agosto de 2015 (fl. 23) en los que se efectúan registros denominados “Ajuste licencia enfermedad” y un registro denominado “Ajuste primeros días licencia enfe.”, los cuales no resultan válidos para acreditar el pago de la incapacidad que se reclama al funcionario, toda vez que la prestación fue expedida del 13 de marzo de 2015 al 17 de marzo

de 2015, de manera que no existe coetaneidad, ni coincidencia que permitan determinar que en efecto la incapacidad reclamada fue pagada, pues además de lo anterior, se trata de ajustes en pagos que se desconoce cuando fueron realmente efectuados.

Ahora y si bien, junto con la impugnación se traen a colación unos pantallazos del comprobante de nómina del mes de agosto y de lo que denomina el recurrente como registro contable en el servidor, en donde en algunas de las casillas de este último se registran unas fechas de inicio y finalización coincidentes con el periodo de incapacidad que se reclama (13/03/2015 – 17/03/2015) y se registra una diferencia contable – 2015, por \$139.933, que se ajustaría con el valor del ajuste por licencia de enfermedad realizado por 3 días en el comprobante de nómina del mes de agosto (que fue oportunamente allegado fl. 23), no puede perderse de vista que no existe certeza respecto de la fuente de ese registro contable, pues se trata de un cuadro que figura entrecortado, no presenta fecha, ni presenta historial de descarga, así como tampoco posee firma del funcionario encargado de nómina o cuenta con algún sello de la entidad.

Este mismo reparo, se presenta frente al pantallazo de la certificación que también se trajo a colación en el escrito de impugnación, en donde se señala que el jefe de coordinación de nómina certifica *“Que el servidor público NORVEIN MOSQUERA CORREDOR, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 79.644.979, presento una LICENCIA POR ENFERMEDAD GENERAL, con fecha del 13-marzo-2015 hasta 17-marzo-2015 atendiendo lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 y sus Decretos*

Reglamentarios la prestación económica derivada de dicha incapacidad fue reconocida por valor de CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL, NOVECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$139.933), en la nómina del mes de agosto de 2015”, no obstante, no presenta fecha de expedición, ni posee nombre o firma, que de certeza sobre su elaboración, por lo que no es posible darles valor probatorio.

Frente a lo anterior, debe mencionarse lo siguiente: i) lo señalado en la impugnación cambia el presupuesto factico sobre el cual se profirió la decisión de la Superintendencia y ii) se trata de soporte probatorio deficiente, en la medida que los pantallazos de los soportes documentales que pretendía hacer valer carecen de valor probatorio y en todo caso no se compadecen con la incapacidad que expedida al funcionario por 5 días, pues la argumentación expuesta en la impugnación va conducida a señalar que el pago de la misma se dio por \$139.933, que en el comprobante de agosto se registra por 3 días.

Por lo tanto y de conformidad con lo anotado en líneas anteriores, en el presente asunto no posible proceder con el reembolso de las incapacidades reclamadas, por lo que se confirmara la decisión de la Superintendencia.

Sin costas en esta instancia.

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

Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 21 de febrero de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERIMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN contra CAFESALUD EPS S.A. y MEDIMAS EPS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 01184 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la DIAN, contra el fallo proferido el 6 de noviembre de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 25 de marzo de 2021 (fl. 163) y remitido el expediente a esta Corporación el 26 de agosto de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La DIAN, pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de las incapacidades generales reconocidas a una de sus funcionarias, por las siguientes sumas \$66.451, \$22.151, \$35.362 y \$25.259, junto con los intereses moratorios generados desde la fecha del pago de las incapacidades y hasta que se realizara el reembolso a la tasa establecida en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La DIAN, manifestó que la servidora pública Ángela García, encontrándose afiliada a Cafesalud EPS S.A., utilizó los servicios médicos prestados por la referida EPS en las siguientes fechas, generándose las incapacidades que a continuación se señalan:

INCAPACIDADES RECLAMADAS					
No.	Fecha inicio	Fecha finalización	Días otorgados	Resolución de reconocimiento de la licencia enfermedad	valor solicitado
1	26/05/2015	28/05/2015	3	19/06/2015	\$ 22.151,00
2	29/05/2015	31/05/2015	3	19/06/2015	\$ 66.451,00
3	2/06/2015	8/06/2015	7	11/09/2015	\$ 25.259,00
4	9/06/2015	9/06/2015	1	11/09/2015	\$ 5.052,00
5	10/06/2015	16/06/2015	7	11/09/2015	\$ 25.259,00

Igualmente, refirió que la entidad pagó el salario correspondiente a las licencias por enfermedad, conforme se desprendía de los comprobantes de nómina que se aportaban

y que requirieron a Cafesalud EPS S.A., el pago de las mismas, el 30 de marzo de 2017.

III. RESPUESTA MEDIMAS EPS S.A.

MEDIMAS EPS S.A., sostuvo que en el evento en que las pretensiones fueran dirigidas a ella se oponían en el sentido que no eran los legalmente obligados a reconocer y pagar las obligaciones causadas cuando no había iniciado operaciones, y que en todo caso tampoco hacían parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, mencionando que coadyuvaban la petición del accionante encaminada a que se ordenara como único responsable a Cafesalud EPS, por el reconocimiento y pago de la incapacidad. Propuso la excepción de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS S.A.

Cafesalud EPS, manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que habían reconocido liquidado y cancelado el 23 de noviembre de 2016, a la DIAN las incapacidades reclamadas. Propuso las excepciones de mérito que denominó carencia de objeto por hecho superado y genérica.

V. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, señalando que no existía controversia a dirimir frente al cumplimiento de los requisitos y la procedencia del reconocimiento de las incapacidades deprecadas ya que Cafesalud EPS en liquidación, manifestó haber reconocido y pagado a la DIAN la suma total de \$704.013, advirtiendo que el objeto de la litis se centraba en la diferencia entre el valor reconocido por la EPS y el valor que la DIAN había reconocido por las incapacidades expedidas a la funcionaria, señalando que ante la falta de claridad de la demanda respecto al monto pagado por la EPS se consultó a la DIAN, quien mediante correo electrónico señaló que se habían hecho unos pagos parciales por los valores de \$40.827, \$122.482, \$207.963, \$41.592, \$291.149 para un total de \$704.013, quedando un saldo pendiente de \$154.275, para resolver señaló que las prestaciones económicas se liquidaban con base en el salario devengado por el trabajador, conforme se colegia de lo dispuesto en los artículos 2.2.5.5.10 y 2.2.5.5.13 del Decreto 1083 de 2015 y el artículo 227 del C.S.T., de acuerdo con ello y toda vez que se allegaron los comprobantes de nómina de los meses abril, mayo y junio de 2015, se evidenció que el salario devengado ascendió a \$2.099.581, y toda vez que de los 21 días de incapacidad eran del resorte del empleador 2 días, realizada la formula aritmética arrojó el valor de \$886.534,08, no obstante, señaló que como de los desprendibles de nómina allegados se colegía que la DIAN canceló a la funcionaria la

suma de \$858.288, el reembolso de diferencia se ordenaría entre el valor efectivamente cancelado por la DIAN (\$858.288) y el que reembolso efectuado por la misma (\$704.013), correspondiente a \$154.275.

Frente al pago de intereses moratorios, señaló que para que fuera procedente el reconocimiento de los mismos, debía mediar requerimiento o solicitud de éstos, sin que dentro de los anexos de la demanda obrara prueba clara al respecto.

VI. RECURSOS DE IMPUGNACIÓN

La DIAN, impugnó la decisión, circunscrita al no reconocimiento de los intereses moratorios, por cuanto mediante oficio No. 100214375-157-2017 del 30 de marzo de 2017, tal reclamación contenía los intereses moratorios por no pago oportuno de la incapacidad, razón por la cual solicitó conceder tales pretensiones de la demanda.

Por su parte, Cafesalud EPS S.A., mencionó que había solicitado al área de operaciones que se realizara la validación de las liquidaciones y el estado en el que se encontraba cada prestación económica arrojando una liquidación por \$793.214,33, señalando a continuación que la liquidación realizada por el despacho no era la correcta pues correspondía solo a 17 días y no a 21 como se mencionaba en la sentencia, en donde además se adujo de manera equivocada que la diferencia que se adeudada se derivaba del calculo que se realizó en la liquidación del IBC, por lo tanto el valor a pagar por los 17 días correspondía a \$793.214,33, frente a la que se

configuraba el hecho superado, el cual podía verificarse con el soporte de pago y factura ILM184118 y extracto de cuenta corriente 2015103110CD0037826939 y que de conformidad con el proceso de liquidación forzosa administrativa en el que se encontraba Cafesalud EPS, se generaba una causal de exoneración de pagar cualquier sanción moratoria por provenir de un acto de autoridad ejercido por funcionario público, y por tanto la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no daba lugar a la indemnización de perjuicios, por lo que no era jurídicamente aceptable la condena impuesta por intereses moratorio o actualización monetaria.

VII. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en los recursos de apelación interpuestos por las partes, se abordará primero el estudio de lo que tiene que ver con la liquidación de la incapacidad y el valor en que se ordenó el reconocimiento por la Superintendencia.

Sobre el particular, debe señalarse que no existe duda en que la controversia giró en torno al pago de la diferencia que reclamaba la DIAN entre el valor pagado por la misma y el reembolso efectuado por Cafesalud EPS.

Así las cosas, teniendo claridad en lo anterior se acudirá a lo dispuesto en el artículo 227 del C.S.T. que establece el valor en que se liquidará y pagará el auxilio por enfermedad, en los siguientes términos:

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

Por su parte, el artículo 2.2.5.5.13 del Decreto 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, respecto de las prestaciones económicas derivadas de las licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia maternidad o paternidad, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.13 PRESTACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE LAS LICENCIAS POR ENFERMEDAD Y RIESGOS LABORALES Y DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD O PATERNIDAD. *<Artículo adicionado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Durante la licencia por enfermedad general o profesional, maternidad o paternidad el empleado tiene derecho a las prestaciones económicas señaladas en la normativa que las regula, las cuales estarán a cargo de la entidad de seguridad social competente.*

Cuando la licencia por enfermedad general sea igual o inferior a dos (2) días se remunerará con el 100% del salario que perciba el servidor. A partir del tercer día la licencia por enfermedad genera vacancia temporal en el empleo y se remunerará de conformidad con las normas de Seguridad Social en Salud.”

De igual forma, debe tenerse en cuenta que el artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a los empleados públicos, frente al subsidio por enfermedad señala lo siguiente:

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

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

(...)”

De conformidad con la normatividad citada, se tiene que el reconocimiento económico que se realiza por concepto de

incapacidades de origen común se liquida y paga teniendo en cuenta, el salario devengado por el trabajador del sector público o privado.

Aunado a lo anterior y en forma previa a liquidar la incapacidad, también debe tenerse presente que de acuerdo con lo señalado en el inciso 1° del parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, “En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.”

Así las cosas y teniendo en cuenta que los comprobantes de nómina allegados por la DIAN (abril, mayo y junio de 2015), ante el requerimiento realizado por la Superintendencia, se evidencia que el salario devengado por la funcionaria ascendía a \$2.099.581, es decir, que devengaba un salario diario de \$69.986,03, el cual al aplicársele el 66,67% arroja un valor de \$ 46.659,69, y toda vez que la incapacidad se expidió por 21 días, siendo a cargo del empleador los 2 primeros días y de la EPS a partir de allí, se tiene que Cafesalud EPS S.A., debía asumir el pago de 19 días de incapacidad y no 17 como le refiere el recurrente, lo que ascendía a \$886.534,08 y toda vez que no existe controversia en que la DIAN pagó a la funcionaria la suma de \$858.288, de manera que al haberse pagado por Cafesalud EPS S.A., la suma de \$704.013, es claro que existe una diferencia pendiente de pago por valor a \$154.275.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se alude por el apoderado de Cafesalud EPS, en el recurso presentado que se habían liquidado las incapacidades en cuestión por valor de \$793.214,33, las cuales ya habían sido pagadas, trayendo a colación para ello un pantallazo de relación de transferencia detallada por proveedor (\$27.609.124) y un pantallazo del extracto de cuenta corriente del banco de Bogotá, en el que resalta transacción “cargo a cuenta en oficina” por valor de \$105.211.324 y también se allega el extracto bancario correspondiente, sobre el particular se debe resaltar lo siguiente: i) lo mencionado cambia el presupuesto factico sobre el cual se profirió la decisión de la Superintendencia y ii) se trata de soporte probatorio deficiente, en la medida en que el pantallazo de la “relación de pagos por transferencia detallada por proveedor” per se no acredita el pago en el valor mencionado, pues no existe certeza respecto de la fuente de ese registro, ya que se trata de un cuadro que no presenta fecha, ni presenta historial de descarga, así como tampoco posee firma del funcionario encargado de nómina o pagos o cuenta con algún sello de la entidad, tampoco cuenta con el discriminado de los conceptos que el valor allí registrado incluye y su valor tampoco coinciden con el valor que se resalta en el extracto bancario allegado, de donde ni quiera es posible establecer a que titulo y a favor de quien se realiza la transacción.

Al respecto conviene recordar que la congruencia en materia de las decisiones judiciales, se limita a las pretensiones y hechos planteados en la demanda, a las excepciones y

circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, por lo que se debe obrar en ese marco que edifica la relación jurídica sustancial y procesal en el espacio jurisdiccional, tal y como lo ha señalado la C.S.J, S.C.L. en sentencia SL-440-2021.

En lo que tiene que ver con el pago de intereses moratorios, se tiene que si bien el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016 y el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, contemplan el pago de intereses moratorios en el evento en que no se cancelen las prestaciones económicas dentro de los términos allí estipulados, al encontrarse que el debate versó sobre el pago parcial de la mencionada incapacidad no hay lugar a dicha condena, toda vez que al haberse ya reconocido la prestación por valor de \$704.013, no se le puede imputar dicha responsabilidad por todo el tiempo transcurrido a la EPS, cuando resulta reprochable la inactividad del accionante.

Finalmente, frente a la actualización monetaria ordenada por la Superintendencia y el cuestionamiento realizado por Cafesalud EPS S.A. ante su procedencia, debe tenerse en cuenta que la actualización monetaria no es una sanción, sino que constituye una actualización del valor de la moneda para compensar su depreciación derivada del fenómeno inflacionario y dado que es evidente la pérdida del poder adquisitivo del dinero con el transcurso del tiempo, resulta procedente la misma.

Bajo las anteriores premisas se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 6 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERIMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -
DIAN contra CAFESALUD EPS S.A. y MEDIMAS EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 01204 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la DIAN, contra el fallo proferido el 23 de octubre de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 25 de marzo de 2021 (fl. 54) y remitido el expediente a esta Corporación el 26 de agosto de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La DIAN, pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de la diferencia de la incapacidad general expedida por 12 días a una de sus funcionarias, por el periodo comprendido entre el 15 de junio de 2016 y el 28 de junio de 2016, por la suma de \$344.751, mas los intereses moratorios generados desde la fecha de pago de la incapacidad y hasta que efectivamente se realizara el desembolso a la tasa establecida en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La DIAN, manifestó que la servidora pública Elcida Patricia Atencia Posada, encontrándose afiliada a Cafesalud EPS S.A., utilizó los servicios médicos prestados por la referida EPS, generándose una incapacidad de 12 días entre el 15 de junio de 2016 y el 28 de junio de 2016, la cual fue cancelada por la DIAN, en la nómina del mes de junio de 2016, no obstante, Cafesalud EPS, adeuda por dicho concepto la diferencia de \$344.751, por cuanto pagó \$984.849 siendo que el IBC ascendía a \$4.986.000.

III. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS S.A.

Cafesalud EPS, manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que habían reconocido

liquidado y cancelado la incapacidad generada a la señora Elcida Patricia Atencia Posada, el 23 de noviembre de 2016. Propuso las excepciones de mérito que denominó carencia de objeto por hecho superado y genérica.

IV. RESPUESTA MEDIMAS EPS S.A.

MEDIMAS EPS S.A., sostuvo que en el evento en que las pretensiones fueran dirigidas a ella, se oponían en el sentido que no eran los legalmente obligados a reconocer y pagar las obligaciones causadas cuando no había iniciado operaciones, y que en todo caso, tampoco hacían parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, mencionando que coadyuvaban la petición del accionante encaminada a que se ordenara como único responsable a Cafesalud EPS, por el reconocimiento y pago de la incapacidad. Propuso la excepción de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

V. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, no accedió a las pretensiones planteadas, señalando que no existía controversia a dirimir frente al cumplimiento de los requisitos y la procedencia del reconocimiento de las incapacidades deprecadas ya que Cafesalud EPS manifestó haber procedido con el reconocimiento y pago de las mismas, lo que a su turno generó

la obligación de absolver a Medimás EPS, mencionando que respecto al pago aducido por Cafesalud EPS se consultó a la DIAN sobre el particular, quien refirió que se había realizado un pago parcial, razón por la cual el objeto de la litis se centraba en el pago de la diferencia entre lo reconocido por la EPS y el valor que la DIAN había pagado a la funcionaria, para resolver señaló que las prestaciones económicas se liquidaban con base en el salario devengado por el trabajador, conforme se colegía de lo dispuesto en los artículos 2.2.5.5.10 y 2.2.5.5.13 del Decreto 1083 de 2015 y el artículo 227 del C.S.T. y toda vez que correspondía al empleador asumir los 2 primeros días de incapacidad conforme lo señalaba el Decreto 2493 de 2011, de tal suerte que al haberse expedido la incapacidad por 14 días, eran del resorte del empleador 2 días, por lo que a cargo de la EPS resultaban 12 días, en ese orden como el salario devengado por la funcionaria ascendía a \$3.693.087, realizada la fórmula aritmética arrojó el valor de \$984.872, el cual guardaba correspondencia con el pago efectuado por Cafesalud EPS.

VI. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La DIAN, impugnó la decisión, mediante escrito en el que solicitó la revocatoria de la sentencia y en su lugar se ordenara cancelar en su totalidad la incapacidad cancelada a la funcionaria Elcida Patricia Atencia Posada, toda vez que la liquidación efectuada por la Superintendencia no correspondía a la realidad ya que al desarrollar la liquidación se había tomado el salario cuando en realidad se debió tomar el IBC, de manera que el valor total de la incapacidad correspondía a

\$1.329.600 y no a \$984.872,44, al respecto señala que tratándose del reconocimiento de incapacidades de origen común, éstas se encuentran a cargo del Sistema de Seguridad Social en Salud, como se desprende de lo señalado en el artículos 153 y 206 de la Ley 100 de 1993 y que el artículo 2.2.3.1 contempla el pago de las prestaciones económicas, también trae a colación el Decreto 2493 de 2013 (en lo relativo a los días de incapacidad a cargo del empleador “2”), el artículo 227 del C.S.T. (valor del auxilio por enfermedad) y la Ley 776 de 2002 (incapacidad temporal – Sistema General de Riesgos Profesionales), de donde concluye que debe tenerse en cuenta el IBC y no el valor del IBL.

Respecto a los intereses moratorios, manifiesta que como la EPS accionada se allanó a las pretensiones, pues se tenía que la incapacidad no fue cancelada al empleador y por tanto a partir de la exigibilidad del valor de la prestación económica, se causaban los intereses moratorios correspondientes.

VII. CONSIDERACIONES

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

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

salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.

Por su parte, el artículo 2.2.5.5.13 del Decreto 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, respecto de las prestaciones económicas derivadas de las licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia maternidad o paternidad, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.13 PRESTACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE LAS LICENCIAS POR ENFERMEDAD Y RIESGOS LABORALES Y DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD O PATERNIDAD. <Artículo adicionado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> *Durante la licencia por enfermedad general o profesional, maternidad o paternidad el empleado tiene derecho a las prestaciones económicas señaladas en la normativa que las regula, las cuales estarán a cargo de la entidad de seguridad social competente.*

Cuando la licencia por enfermedad general sea igual o inferior a dos (2) días se remunerará con el 100% del salario que perciba el servidor. A partir del tercer día la licencia por enfermedad genera vacancia temporal en el empleo y se remunerará de conformidad con las normas de Seguridad Social en Salud.”

De igual forma, debe tenerse en cuenta que el artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a los empleados públicos, frente al subsidio por enfermedad señala lo siguiente:

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

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

(...)”

De conformidad con la normatividad citada, se tiene que el reconocimiento económico que se realiza por concepto de incapacidades de origen común se liquida y paga teniendo en

cuenta, el salario devengado por el trabajador del sector público o privado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el recurrente refiere que debe tenerse en cuenta para liquidar la prestación el IBC, se acudirá al artículo 3.2.1.3. del Decreto 780 de 2016, que establece el IBC en materia de aportes al sistema de Seguridad Social en Salud y como opera el pago anticipado de los mismos:

“ARTÍCULO 3.2.1.3. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN PARA LOS APORTES EN SALUD. *En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de estos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso.”*

De acuerdo con la preceptiva antes citada, se tiene que para calcular el IBC se tendrá en cuenta el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes anterior a aquel en que se busca cubrir el riesgo, de tal suerte que la primera cotización a salud se realizará al inicio del siguiente mes de la vinculación del trabajador, lo que supone que la cotización del mes en que debe hacerse el aporte se vería compensada en el mes siguiente, ya que como la nómina se cancela mes vencido, el aporte se compensará en el mes siguiente para que así se pueda cubrir el riesgo en forma anticipada.

Precisado lo anterior, resulta evidente que una cosa es el IBC sobre el que se realiza el pago de los aportes y que permiten cubrir el riesgo en forma anticipada y por tanto otorgar las prestaciones económicas y asistenciales que requiera el afiliado y otro el valor sobre el cual se debe liquidar y pagar la incapacidad, pues sobre el particular existe norma expresa, como se desprende de lo señalado en el artículo 227 del C.S.T.,

el artículo 2.2.5.5.13 del Decreto 1083 de 2015 y el artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, de los cuales se extracta que los 2 primeros días de incapacidad de servidores públicos se pagará sobre el 100% del salario y a partir del día 3 y hasta el día 180 de incapacidad sobre las 2/3 partes del salario o lo que es lo mismo sobre el 66,67% del salario, por lo que no le asiste razón al recurrente para indicar que la prestación debió haberse liquidado teniendo en cuenta el IBC por esta aducido.

Aunado a lo anterior y en forma previa a liquidar la incapacidad, también debe tenerse presente que de acuerdo con lo señalado en el inciso 1° del párrafo 1 del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, “En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.”

Así las cosas y teniendo en cuenta que los comprobantes de nómina allegados por la DIAN (mayo y junio de 2016), ante el requerimiento realizado por la Superintendencia, se evidencia que el salario devengado por la funcionaria ascendía a \$3.693.087, es decir, que devengaba un salario diario de \$123.102,90, el cual al aplicársele el 66,67% arroja un valor de \$82.072,70, y toda vez que la incapacidad se expidió por 14 días, siendo a cargo del empleador los 2 primeros días y de la EPS a partir de allí, se tiene que Cafesalud EPS S.A., debía asumir el pago de 12 días de incapacidad, lo que asciende a

\$984.872,44 y toda vez que no existe controversia en que la mencionada EPS pagó la incapacidad reclamada guardando correspondencia con dicho valor, no se advierte que exista el error endilgado, por lo que se procederá a conformar la decisión de la Superintendencia.

Finalmente, respecto al cuestionamiento por el no pago de intereses moratorios, debe tenerse en cuenta que el allanamiento que menciona la Superintendencia no recae respecto al no pago de la incapacidad, todo lo contrario, ya que lo que se señala es que Cafesalud EPS manifestó haber procedido con el reconocimiento y pago de las incapacidades y con base en ello establece que a quien le correspondería asumir el derecho cuestionado (pago de diferencia de la incapacidad reclamada) sería a Cafesalud EPS S.A., de tal suerte que al no salir avante lo cuestionado y por tanto encontrarse acreditado el pago de la incapacidad, no resultan procedentes los intereses moratorios reclamados.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 23 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
ORICA COLOMBIA S.A.S. contra **SALUD TOTAL EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 01116 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra el fallo proferido el 18 de septiembre de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 22 de febrero de 2021 (fl. 89) y remitido el expediente a esta Corporación el 19 de agosto de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La empresa Orica Colombia S.A.S, pretendió que en su favor se ordenará la transcripción y reconocimiento del valor de las incapacidades correspondientes al afiliado José Luis Garzón Sabala, por la suma de \$14.978.331.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La empresa Orica Colombia S.A.S., manifestó que al trabajador José Luis Garzón Sabala, había radicado en la empresa las siguientes incapacidades expedidas por el médico tratante:

No.	INCAPACIDADES		DÍAS OTORGADOS
	Inicio	Fin	
1	6/09/2016	25/09/2016	30
2	10/01/2017	8/02/2017	30
3	4/07/2017	2/08/2017	30
4	3/08/2017	1/09/2017	30
5	2/09/2017	1/10/2017	30
6	3/10/2017	1/11/2017	30
7	2/01/2018	1/02/2018	30
8	1/02/2018	2/03/2018	30

Así mismo, señaló que habían radicado las solicitudes de transcripción de las mismas ante la demandada aportando los soportes necesarios, no obstante, se dio respuesta negativa, refiriendo que no estaban en obligación de realizar el reconocimiento de las incapacidades por no haber sido expedidas por un médico tratante adscrito a la red de prestadores, señalando que ante ello, se radicó derecho de petición ante la Superintendencia Nacional de Salud el 16 de

noviembre de 2016 y el 31 de enero de 2017 ante Salud Total EPS, y que si bien el 23 de diciembre de 2016, la Superintendencia remitió la solicitud a la EPS, ésta no se pronunció, no obstante, el 13 de febrero de 2017, la EPS da respuesta al derecho de petición presentado, negando nuevamente las mismas.

III. RESPUESTA SALUD TOTAL EPS S.A.

Salud Total EPS, manifestó que el usuario Garzón Sabala, era afiliado a Salud Total EPS S.A., siendo valorado de manera particular por el Dr. Joab Miranda Herrera, en instituciones prestadoras de servicios de salud con la que la EPS no tenía convenio vigente, lo cual de entrada hacía inocua y no llamada a prosperar la pretensión, además señaló que la EPS, no había negado la prestación del servicio de salud al trabajador y que ni si quiera se había manifestado que la atención recibida tuvo como origen la negligente, inadecuada o inexistente asignación en los servicios de salud requeridos por el trabajador, ni se había negado la autorización o acceso a la consulta a la que se accedió de manera particular, aunado a ello, refirió que no se cumplían las condiciones para el reconocimiento de los reembolsos conforme lo establecía el artículo 14 de la Resolución 5261 de 2014, y que además debía considerarse la buena fe, la cual constituía un elemento exonerativo sustancial para las EPS que habían aplicado las normas legales en representación o por Delegación del Estado y por tanto no podía ser sancionada.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, señalando que si bien ante las transcripciones de incapacidades no existía una norma específica en la actualidad que definiera dicha situación, el antecedente mas inmediato era la Resolución No. 2266 de 1998, de manera que la transcripción debía considerarse como un trámite mediante el cual el usuario ponía en conocimiento de la EPS, la incapacidad generada por fuera de su red de operadores, la cual era inherente al proceso de reconocimiento de la prestación económica tal y como se señaló en el concepto expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social No. 173237 de 2012, señalándose además que el término para la transcripción era el mismo previsto para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas (artículo 28 Ley 1438 de 2011), luego, indicó que debía analizarse el cumplimiento de los requisitos para que el empleador pudiera acceder al reembolso de las prestaciones que se reclamaban, esto es, que el empleador hubiese cancelado la incapacidad al trabajador, que el trabajador estuviera afiliado al régimen contributivo como cotizante y que tuviera un mínimo de cotización de 4 semanas en forma ininterrumpida y completa, que existiera oportunidad en el pago de los aportes (no suspensión por mora), los cuales encontró acreditados y atendiendo a que los 2 primeros de incapacidad eran a cargo del empleador y la figura de la prórroga de la incapacidad, procedió a liquidar las incapacidades teniendo en cuenta para ello el salario

devengado por el trabajador, determinando un valor a reconocer de \$9.846.519.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Salud Total EPS, presentó recurso de impugnación reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que la atención médica recibida por el trabajador recayó en una IPS que no hacía parte de la red de operadores con la cual no tenía convenio la EPS, que no se había negado la prestación del servicio de salud requerido por el trabajador, ni se había indicado que la atención particular tuviera como origen una negligente, inadecuada o inexistente asignación de los servicios de salud, no se negó la autorización ni acceso a consulta y que había atendido todos los servicios requeridos por el trabajador, además señaló que no se cumplían los requisitos para el reembolso de la incapacidad (conforme al artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994), ya que no existió una autorización para que el trabajador acudiera a una IPS que no hacía parte de la red de prestadores de servicio de salud con la que no tenía convenio, máxime que no se había tratado de una atención de urgencias y que debía considerarse la buena fe.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por Salud Total EPS, debe tenerse en cuenta que el reparo recae es respecto de la prosperidad de la transcripción

de la incapacidad que se ordenó por parte de la Superintendencia.

En primer lugar, debe recordarse que el servicio de salud no es exclusivo de las EPS, pues se puede acudir a diferentes prestadores del servicio de salud y por ello es que se avala el ejercicio de la profesión como médico con consulta particular e incluso la adquisición de planes voluntarios de salud regulados en la ley, tales como los ofrecidos por medicina prepagada (artículo 2.2.4.2 y ss. del Decreto 780 de 2016), en donde frente a este último incluso se ha determinado en números pronunciamientos jurisprudenciales que es elección del afiliado elegir si utiliza el POS o el plan adicional, lo que posibilita que diversos profesionales puedan expedir incapacidades, de manera que ello no solo se circunscribe a la EPS.

Precisado lo anterior y tratándose de la transcripción de incapacidades resulta oportuno recordar que la Corte Constitucional en sentencia T- 279 del 11 de abril de 2012, frente al tema señaló que esta consistía en “(...) *“el acto mediante el cual un funcionario competente, traslada al formato único oficial la incapacidad o licencia ordenada por médico u odontólogo tratante en ejercicio legal de su profesión pero no adscrito al ISS o EPS”, es una formalidad de las entidades encargadas de reconocer el auxilio por incapacidad de los trabajadores a los que hace expresa referencia el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y, dentro de los cuales, no se encuentran los afiliados beneficiarios de los cotizantes.*”, extracto del que se colige que las transcripciones son un acto mediante el cual se

expide en papelería de la EPS una incapacidad otorgada por un profesional no adscrita a esta, inherente al trámite del reconocimiento de las incapacidades, las cuales solo son procedentes respecto de quienes ostentan la condición de cotizantes.

Ahora y si bien, no existe una norma que regule expresamente el proceso por medio del cual se deben llevar a cabo las transcripciones y las EPS cuentan con liberalidad al momento de efectuar este procedimiento, pues son autónomas en decidir si se transcribe la incapacidad o no y las condiciones en que ello se efectuaría, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en que la incapacidad fue expedida, tal y como se señaló por el Ministerio de Salud en concepto No. 201411601068201 del 24 de julio de 2014, ello no quiere decir que la transcripción puede negarse solo porque la incapacidad se haya expedido por un profesional no adscrito a la EPS, sino después de haberse valorado su pertinencia teniendo en cuenta factores como el diagnóstico del paciente, la incapacidad como recurso para ayudar en la recuperación del mismo, los medicamentos y ayudas diagnósticas utilizadas para determinar el grado de afección en el paciente y considerando características propias del paciente tales como estado de salud, ocupación, entre otras.

En ese orden de ideas, se procederá a analizar cuales fueron los criterios que tuvo en cuenta Salud Total para negar la transcripción de las incapacidades y el reconocimiento de las mismas.

Así se tiene que revisada la documental aportada, se advirtió que a folio 44 obra correo electrónico del 27 de octubre de 2016, enviado desde cuenta institucional de la demandada con asunto “Respuesta a Solicitud No. (10061612122) – Prestaciones Económicas Salud Total EPS – S S.A., en el que se hace referencia a prestación económica del señor José Luis Garzón Sabala (trabajador del que se reclama el pago de la prestación), luego a folio 50, reposa correo electrónico enviado desde cuenta institucional de la demandada con asunto “*Respuesta Contacto Número “=10111728902, 11071720236”*, en donde se hace alusión a prestación económica relacionada con colaborador que asistió a especialista en neurocirugía Dr. Joad M. Miranda Herrera, especialista que brindo atención medica y expidió las incapacidades objeto de discusión (fls. 4-27), finalmente a folio 54, se observa comunicación de fecha 13 de febrero de 2017, expedida por la Subdirectora Nacional de Prestaciones Económicas de Salud Total EPS, en donde se hace alusión a la solicitud de autorización de la incapacidad expedida al señor José Luis Garzón Sabala, con fecha de inicio del 10 de enero de 2017, en todas estas comunicaciones se señala que las EPS solo reconocen prestaciones económicas ordenadas por las IPS y médicos de la red de la misma entidad, señalándose en las 2 primeras comunicaciones que por ello la transcripción y reconocimiento de la incapacidad no era procedente y en la ultima comunicación traída a colación que era necesario que se aclarara si la atención se había dado por una aseguradora de medicina prepagada y de ser así se adjuntara copia del carnet del beneficiario, adicionalmente, con la contestación de la demanda se refiere que se oponen a lo pretendido básicamente por cuanto las incapacidades

generadas no fueron prescritas por un profesional que no hacía parte de la red de prestadores de servicios de salud con los que tenía convenio Salud Total EPS S.A., siendo que no se había negado la atención, ni había existido negligencia en su suministro.

Como se observa, no existió ningún cuestionamiento respecto a la pertinencia médica o no de las incapacidades, en esa medida, y toda vez que el fundamento para la negativa fue esencialmente no haberse expedido por profesional adscrito a la EPS, no se encuentra justificación para la negativa y en consecuencia se procederá a confirmar la decisión del aquo máxime que el reparo efectuado en la impugnación, no recae respecto de asuntos distintos tales como el pago de la incapacidad al trabajador, requisito mínimo de cotización y/o liquidación de la incapacidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

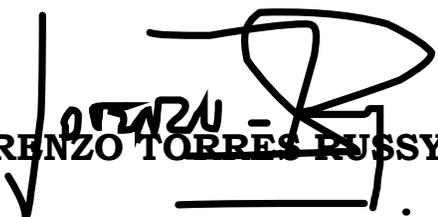
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 18 de septiembre

de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
SOCIEDAD ADA S.A. contra **CRUZ BLANCA EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 01239 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Cruz Blanca EPS, contra el fallo proferido el 31 de agosto de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 25 de marzo de 2021 (fl. 57) y remitido el expediente a esta Corporación el 2 de septiembre de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La Sociedad ADA S.A., pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de la incapacidad expedida al trabajador Jaime Humberto Mateus Igua, por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2017 y el 3 de diciembre de 2017, bajo un salario base de cotización ascendente a \$889.000.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La Sociedad ADA S.A., manifestó que al trabajador Jaime Humberto Mateus Igua, estando afiliado a Cruz Blanca EPS S.A. y en curso de la vinculación laboral, le fue expedida incapacidad médica por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2017 y el 3 de diciembre de 2017, por 30 días, respecto a la que solicitaron su pago a la EPS mencionada sin que se hubiese tenido respuesta.

III. RESPUESTA CRUZ BLANCA EPS S.A.

Cruz Blanca EPS S.A., presentó la excepción de pago de la obligación en donde indicó que la incapacidad reclamada fue aprobada para pago mediante el ILM 181279, por valor de \$737.700, el cual fue girado en dos fracciones en la misma transacción, una por \$491.800 y otra por \$245.900. también propuso la excepción genérica.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, señalando que no existía controversia respecto al reconocimiento y pago de la incapacidad reclamada, toda vez que Cruz Blanca EPS S.A., había manifestado que había procedido a reconocer y pagar la misma, no obstante, se señaló que pese a tal manifestación no se allegó prueba que evidenciara el pago de la prestación económica deprecada, pues incluso se procedió a solicitar información a la parte actora sobre ello, quien mediante correo electrónico indicó que no se había hecho el pago, razón por la cual al haberse allanado a los hechos y pretensiones de la demanda y no haberse aportado prueba del pago, se ordenó el reconocimiento solicitado.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Cruz Blanca EPS S.A., impugnó la decisión, refiriendo que había una carencia de objeto por hecho superado ya que las incapacidades habían sido pagadas al demandante, resaltando que una vez realizada la auditoria por el área de operaciones de la EPS, la misma arrojó el pago de las prestaciones económicas, igualmente, mencionó en la excepción de pago total que la prestación había quedado cancelada en su totalidad como había quedado demostrado en el proceso con los soportes de pago por medio de transferencia bancaria, razones por las cuales no se adeudaba ningún valor y las

pretensiones carecían de fundamento constituyendo un hecho superado, finalmente, trae a colación el proceso de liquidación de Cruz Blanca EPS, señalado que era de obligatorio cumplimiento para los jueces y funcionarios ejecutores, suspender los procesos ejecutivos y de ejecución coactiva que se adelantaran para remitirlos al liquidador y como consecuencia la imposibilidad de continuar el proceso.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por Cruz Blanca EPS S.A., debe tenerse en cuenta que el reparo del recurrente se centra en haber realizado el pago de la prestación reclamada, al respecto debe precisarse que para que ello tuviera lugar, debía haberse allegado el respectivo soporte probatorio que lo acreditara, en ese orden de ideas, y toda vez que en el presente asunto refirió el recurrente que se allegó el respectivo soporte de pago y la transferencia bancaria, se tiene que al revisar los documentos obrantes en el plenario no se advierte documento alguno en este sentido, es más, ni si quiera en la contestación de la demanda se relaciona algún documento como prueba, tan solo se trae a colación un pantallazo de lo que pareciera ser la plataforma de facturación de la EPS, en donde si bien se registran unos valores respecto del proveedor ADA S.A., derivados de la factura ILM181279, de esta no es posible colegir que en modo alguno se relacionen con la incapacidad reclamada y mucho menos tienen la virtud de acreditar el pago, así como tampoco constituyen un soporte de la transferencia bancaria aducida, máxime que la parte actora negó que se le hubiese cancelado.

Ahora bien y si bien, junto con la impugnación se allegó un documento denominado relación de pagos por transferencia detallada de proveedor, descargado aparentemente de la plataforma de pagos de la EPS, en donde el proveedor registrado es ADA S.A., y se registran transacciones identificadas bajo el No. ILM181279 (\$1.203.016) e ILM186565 (147.540), nuevamente se observa una deficiencia probatoria, pues de un lado el documento carece de firma y/o sello que genere certeza sobre su elaboración y tampoco contiene el discriminado de los conceptos que incluye cada una de las transacciones, en esa medida, se tiene que el mismo no tiene la virtualidad de acreditar el pago aducido.

Por lo tanto y de conformidad con lo anotado en líneas anteriores, en el presente asunto no es posible acreditar el pago de las incapacidades reclamadas, por lo que se confirmara la decisión de la Superintendencia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 31 de agosto de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
GLORIA MARINA BARBOSA ORTIZ contra **CAFESALUD EPS**
S.A. y MEDIMAS EPS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00305 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra el fallo proferido el 10 de septiembre de 2018, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 25 de marzo de 2021 (fl. 121) y remitido el expediente a esta Corporación el 2 de septiembre de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La señora Gloria Marina Barbosa Ortiz, pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de la incapacidad emitida por el Hospital Cardiovascular Soacha para vivir dignamente y sustentar sus necesidades básicas.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La señora Gloria Marina Barbosa Ortiz, manifestó que ingresó por urgencias a la Clínica Piñeros en mayo de 2018, quedando hospitalizada aproximadamente por 10 días, luego el 1° de junio la trasladaron al hospital cardiovascular Soacha en donde le practicaron los exámenes respectivos y finalmente la cirugía de corazón.

III. RESPUESTA MEDIMAS EPS S.A.

MEDIMAS EPS S.A., sostuvo que se oponía a las pretensiones de la demanda, por cuanto no era la legalmente obligada a reconocer y pagar las obligaciones causadas cuando ni si quiera había iniciado operaciones, y que en todo caso tampoco hacían parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, mencionando que coadyuvaba la petición del accionante encaminada a que se ordenara como único responsable a Cafesalud EPS, por el reconocimiento y pago de la incapacidad. Propuso la excepción

de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS S.A.

Cafesalud EPS S.A., indicó que reconoció y liquidó la incapacidad generada a la demandante entre el 31 de mayo de 2017 y el 29 de junio de 2017, pero su pago estaba a cargo de Medimás EPS, en razón a la decisión proferida en auto fecha octubre 26 de 2017, dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, con radicado 25000023410002016-01314 que cursaba en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección primera – subsección “A”. propuso las excepciones de mérito que denominó las incapacidades reconocidas por Cafesalud, están a cargo de Medimás EPS y genérica.

V. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, señalando que se encontraba probado que en vigencia de la afiliación a Cafesalud EPS a la demandante le fue generada una incapacidad por enfermedad general entre el 31 de mayo al 29 de junio de 2017, que conforma a las planillas de autoliquidación de aportes en calidad de cotizante independiente realizó aportes de forma ininterrumpida ante la mencionada EPS por los 28 días antes de generarse la incapacidad pretendida (periodo mínimo de cotización) y que Cafesalud EPS aceptó, reconoció y liquidó la incapacidad

pretendida, con lo cual se evidenciaba la aceptación de la EPS frente al cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley para hacer exigible el pago de la incapacidad, igualmente, indicó que si bien en la Resolución 2426 de 2017, que aprobó el plan de reorganización institucional presentado por Cafesalud EPS, para la creación de la nueva EPS “Medimás EPS”, no contemplaba la responsabilidad en materia de prestaciones económicas que asumía ésta, en atención a lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Cundimarca Sección Primera – A subsección A, por auto del 26 de octubre de 2017, como medio de protección de los derechos e intereses colectivos de los usuarios que pasaron de Cafesalud EPS a Medimás EPS S.A.S, decretó medida cautelar de urgencia, en el que se ordenó a Medimás adoptar las medidas necesarias tendientes a asegurar el cumplimiento de las disposiciones emanadas en materia de prestación de los servicios de salud, y pago de incapacidades reconocidas por Cafesalud EPS, sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales, en virtud de lo cual se determinó que sería Medimás EPS quien asumiría la responsabilidad en el pago, bajo los anteriores presupuestos procedió a liquidar la incapacidad y atendiendo lo señalado en el artículo 227 del C.S.T y la prohibición que el pago de auxilio por enfermedad fuera inferior al salario mínimo conforme lo señala la sentencia C-543 de 2017, determinado que el valor a reconocer por la incapacidad ascendía a \$688.800

VI. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La señora Gloria Marina Barbosa Ortiz, impugnó la decisión, refiriendo que interpuso queja ante la Superintendencia por el no pago de las incapacidades que se generaron con ocasión de la cirugía cardiovascular que le fue practicada el 6 de junio de 2017, la cual dio lugar a dos incapacidades, la primera la No. 8665, por el periodo comprendido entre el 31 de mayo de 2017 y el 29 de junio de 2017 y la segunda la que aparecía en el mismo documento se generó a continuación que inició el 30 de junio y finalizó el 19 de julio de 2017, no obstante, solo se reconoció el pago de la primera incapacidad, quedando pendiente el pago de la segunda, es decir, la expedida por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 2017 al 19 de julio de 2017, por lo que solicitó se reconociera el pago total.

VII. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por la actora, debe tenerse en cuenta que al revisar el certificado de incapacidad médica que se alude, es decir, el No. 86615, que refiere la demandante contenía dos periodos de incapacidad, entre ellos el que reclama y cuyo reconocimiento no efectuó la Superintendencia, debe señalarse que de lo contenido en el mismo se desprende que la incapacidad que dicho documento soporta es la expedida entre el 31 de mayo de 2017 y el 29 de junio de 2017, y si bien en la parte final registra “prórroga No. 1” por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 2017 y el 19 de julio de 2017, esta no corresponde al

certificado de tal incapacidad, pues de lo contrario así habría quedado registrada en los extremos de la incapacidad que se certifica, de manera que tal registro puede tomarse como un indicio de la posible prórroga de la incapacidad, máxime que los demás documentos médicos allegados tales como historia clínica y exámenes médicos, no dan cuenta de dicha incapacidad.

Aunado a lo anterior, no puede pasarse por alto que en los supuestos facticos que ampararon las pretensiones no se precisa con claridad cuál era la incapacidad o incapacidades reclamadas, ni en ninguno de los documentos allegados, tales como el derecho de petición obrante a folios 27-28, en donde se hace alusión al “pago de mi incapacidad” de lo que se entendía que solo se trataba de una, de manera que al estar solo debidamente certificada la incapacidad expedida por el periodo comprendido entre el 31 de mayo de 2017 y el 29 de junio de 2017, se procedió a contestar la demanda y efectuar el análisis por la Superintendencia, con base en esta, de tal suerte que además de lo ya señalado de considerarse lo expuesto por la demandante cambiaría el presupuesto factico sobre el cual se profirió la decisión de la Superintendencia

Por lo tanto y de conformidad con lo anotado en líneas anteriores, en el presente asunto no posible proceder con el reembolso de la incapacidad reclamada por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 2017 y el 19 de julio de 2017, por lo que se confirmara la decisión de la Superintendencia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 10 de septiembre de 2018, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
FLORES DEL CACIQUE S.A.S. contra CAFESALUD EPS S.A. y
MEDIMAS EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 01457 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Cafesalud EPS S.A. en Liquidación, contra el fallo proferido el 4 de junio de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 27 de abril de 2021 (fl. 66) y remitido el expediente a esta Corporación el 30 de septiembre de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La demandante, pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas a varios de sus trabajadores, por valor de \$2.761.147.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La demandante, manifestó que a varios de sus trabajadores les fueron expedidas las siguientes incapacidades:

INCAPACIDADES				
No.	Trabajador	inicio	Días	valor a reconocer
1	Gómez García Paola Andrea	12/09/2016	1	\$22.982
2	Gómez García Paola Andrea	28/10/2016	5	\$143.640
3	Gómez García Paola Andrea	10/11/2016	14	\$344.729
4	Gómez García Paola Andrea	24/11/2016	7	\$160.873
5	Gómez García Paola Andrea	1/12/2016	7	\$160.873
6	Gómez García Paola Andrea	12/12/2016	98	\$1.882.086
7	Moncada Rodríguez Esperanza	24/11/2016	1	\$22.982
8	Mora Pérez Yonedis Beatriz	30/12/2015	1	\$22.982
TOTAL				\$2.761.147

III. RESPUESTA MEDIMAS EPS S.A.

MEDIMAS EPS S.A., sostuvo que se oponía a las pretensiones de la demanda, por cuanto las pretensiones no iban dirigidas en su contra, ni se encontraban obligados a reconocer y pagar las obligaciones causadas, por Cafesalud EPS, cuando Medimás EPS, no había iniciado operaciones en el aseguramiento en salud y además señaló que tales obligaciones, no fueron estipuladas por parte de la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No 2426 del 19 de julio de 2017. Propuso la excepción de mérito que denominó falta de legitimación por pasiva.

IV. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS S.A.

Cafesalud EPS S.A., no allegó contestación a la demanda.

V. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, señalando que ante el levantamiento de la medida cautelar realizada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección "A" mediante sentencia del 10 de abril de 2019, artículo 4, en donde se determinó que cesaron los efectos de la medida, era Cafesalud EPS S.A., la responsable por el pago de las prestaciones económicas expedidas antes del 1° de agosto de 2017, a continuación, señaló ante la licencia de maternidad reclamada de la trabajadora Paola Andrea Gómez García, por el término

de 98 días, que no era posible acceder a la misma, en tanto que no existía prueba ni documentos idóneos que evidenciaran que se hubiese cancelado efectivamente la misma por la empresa demandante a la trabajadora, respecto al reconocimiento y pago de la incapacidades reclamadas refirió que se cumplía con los requisitos de afiliación al régimen contributivo en calidad de cotizante y el mínimo de cotización de cuatro semanas en forma ininterrumpida y completa, así como con la oportunidad en el pago de aportes (no suspensión en la afiliación por mora), no obstante, respecto de las incapacidades reclamadas frente a la trabajadora Paola Andrea García expedida del 01 al 7 de diciembre de 2016 y la expedida a la trabajadora Yoneidis Beatriz Mora, como no se aportaron copias de las incapacidades expedidas, no se accedió a su reconocimiento, considerando procedentes las restantes y liquidándolas teniendo en cuenta el salario devengado, arrojando un valor total a reconocer por \$574.538.

VI. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Cafesalud EPS, impugnó la decisión, refiriendo que el pago de las incapacidades ordenadas en el fallo, se realizaría de acuerdo con las normas que regían el proceso liquidatorio, en el que se encontraba la EPS, acto seguido, mencionó que mediante Resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019, se ordenó la liquidación de Cafesalud EPS S.A, proceso que había iniciado el 5 de agosto de 2019, que de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2555 de 2010, se comunicaron dos avisos emplazatorios en medios de comunicación los días 13 y 28 de agosto de 2019, a efectos que todas las personas que se

consideraran con derecho a formular reclamaciones realizaran la radicación de sus créditos y que para ello la liquidación había establecido una serie de formatos e instructivos publicados en la pagina web para que a través de estos fueran presentadas, solicitando finalmente se ordenara a la demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatario radicado su acreencia, de acuerdo con los formatos establecidos.

VII. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de impugnación interpuesto por el apoderado de Cafesalud EPS S.A., lo primero que debe señalarse es que se advierte que no se está presentando propiamente una impugnación, ya que no se busca exponer oposición o desacuerdo frente a la decisión adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud, ni se solicita la revocatoria o modificación del fallo, por lo que no existe mérito para abordar el estudio del recurso presentado pues se reitera en el mismo no se manifestó desacuerdo alguno contra la decisión y mucho menos solicitud de modificación o revocatoria, razón por la cual la sentencia impugnada será confirmada.

Finalmente, frente a la solicitud que realiza el apoderado de ordenar a la demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatario que se adelanta ante Cafesalud EPS S.A., debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en Sentencia C-089 del 26 de septiembre de 2018, señaló que el procedimiento aplicable para la liquidación de las EPS e IPS, se encuentra

contemplado en los Decretos Ley 663 de 1993, Decreto 2418 de 1999, y a la Ley 510 de 1999, aplicables en virtud de remisión expresa de los Decretos 1922 de 1994, Decreto 1015 de 2002, Decreto 3023 de 2002, Decreto 2555 de 2010, y demás normas que modifican y complementan el EOSF y a los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las EPS e IPS les eran aplicables las normas de procedimiento previstas a partir del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto Ley 633 de 1993-, modificado por la Ley 510 de 1999, Decreto 2555 de 2010 y demás normas que lo adicionen o complementen.

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

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

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

76. Una vez vencido el plazo para presentar reclamaciones, se correrá traslado a los interesados por un término de cinco días hábiles, para que los interesados puedan objetar las reclamaciones presentadas (Artículo 9.1.3.2.3 Decreto 2555 de 2010). Culminada esta etapa, el liquidador determinará las sumas y bienes excluidos, y los créditos a cargo de la masa de liquidación de la entidad. Para ello, dentro de los treinta días hábiles siguientes al vencimiento del término para presentar reclamaciones, el liquidador resolverá las reclamaciones oportunamente presentadas, aceptadas y

rechazadas contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de las mismas, su cuantía y la prelación para el pago y las preferencias que la ley establece, de conformidad con el numeral 1 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las reglas generales del Código Civil y demás disposiciones legales aplicables.

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

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

(Subrayas y negrita fuera de texto)

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

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

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

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

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

(...)”

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en el presente asunto la Superintendencia Nacional de Salud, en el fallo expedido en primera instancia determinó que Cafesalud EPS S.A. hoy en liquidación debía proceder con el reconocimiento, liquidación y pago de las incapacidades reclamadas por Flores del Cacique S.A.S. y toda vez que del precedente y normatividad citada se desprende que el proceso liquidatorio es reglado y establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito, la empresa demandante está habilitada para actuar de conformidad con las reglas precedentes, para que si a bien lo tiene, se haga parte en el proceso de liquidación y reclame el pago de la prestación que le fue reconocida por la Superintendencia Nacional de Salud en sentencia del 4 de junio de 2020, y que se confirmara en esta providencia, sin posibilidad de incluir pronunciamiento alguno en razón a que la competencia de este tribunal está referida a las materias de la apelación.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 4 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
UNION DE DROGUISTAS S.A. UNIDROGAS S.A. contra **SALUD**
TOTAL EPS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 01276 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Salud Total EPS S.A., contra el fallo proferido el 8 de octubre de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 25 de marzo de 2021 (fl. 73) y remitido el expediente a esta Corporación el 6 de septiembre de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La empresa demandante, pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad de la señora Saray Acosta de la Ossa, así como, el pago de intereses por mora de conformidad con lo señalado en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La empresa demandante, manifestó que la señora Saray Acosta de la Ossa, desde el 4 de febrero de 2015, se encontraba cotizando como trabajadora dependiente de la empresa y que el 5 de noviembre de 2015, la trabajadora dio a luz a su hija, razón por la que la Salud Total EPS, le otorgó incapacidad por 98 días, por el periodo comprendido entre el 3 de noviembre de 2015 y el 8 de febrero de 2016, así como que solicitaron el reembolso de la licencia pagada en varias ocasiones, no obstante, la EPS negó al reconocimiento argumentando que el número de semanas cotización era inferior al número de semanas de gestación, usando como apoyo normativo el Decreto 806 de 1998, el Decreto 047 de 2000 y el Decreto 783 de 2000 y en última comunicación indicó que durante el mes de marzo hubo una interrupción de 3 días en la cotización por lo que no se cumplía con la continuidad, generando así carta de negación al reconocimiento económico de la licencia.

III. RESPUESTA SALUD TOTAL EPS S.A.

Salud Total EPS S.A., sostuvo que existía una carencia de objeto por hecho superado, señalando que la licencia de maternidad objeto de la demanda fue liquidada mediante Nail P6213658 por valor de \$2.104.844, razón por la cual se agilizaría el trámite respectivo para realizar dicho pago a la demandante, precisando que por temas administrativos el comprobante de pago se allegaría ante la Superintendencia una vez fuera reconocido, señalando que como se había accedido a la pretensión se solicitaba declarar el hecho superado .

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, por valor de \$2.122.060 señalando que no existía una controversia a dirimir frente al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la licencia de maternidad deprecada, por cuanto la EPS demandada había manifestado que la misma se encontraba reconocida, liquidada y programada para su pago, en la suma de \$2.104.844., sin embargo, no obraba prueba que evidenciara el cumplimiento del pago, razón por la cual procedió a liquidar la incapacidad, señalando que al revisar los desprendibles de nómina allegados se colegia que el empleador no canceló a la trabajadora la licencia de maternidad como le correspondía, ya que se debía haber cancelado la licencia completa en la suma de \$2.163.612, pero solo canceló

\$2.122.060, en consecuencia, solo se ordenaría el reembolso de acuerdo con lo pagado por el empleador.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La demandada, impugnó la decisión, solicitando la revocatoria de la sentencia proferida, con sustento en que existía una carencia actual de objeto por hecho superado, pues Salud Total EPS S.A., generó orden de pago con fecha del 28 de mayo de 2018, mediante sistema de información SIGS y de allí podía evidenciarse que se dio la orden para pagar en debida forma la incapacidad No. P6213658, además que ello había quedado debidamente plasmado en la transacción bancaria realizada el 7 de junio de 2018, por intermedio de Bancolombia, donde se le consignó a Unidrogas S.A. el valor de \$2.104.844 al numero de cuenta 046669999537, aunado a ello, refirió que existían errores aritméticos en la liquidación de la licencia de maternidad, pues señaló que la misma se causó en el año 2015, momento para el que se reconocían 98 días de licencia de maternidad, conforme a lo dispuesto en la ley 1438 de 2011, refiriendo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, la licencia debía ser remunerada con el salario que la trabajadora devengaba al momento de iniciarse la licencia, por lo que el IBC que debía tomarse como referencia era el de \$644.400 salario mínimo mensual legal vigente para el año 2015, en consecuencia el calculo resultaba errado, pues la prestación ascendía a \$2.104.844.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de impugnación interpuesto, debe tenerse en cuenta que el reparo del recurrente se centra en dos aspectos, el primero relacionado con que la licencia de maternidad no fue liquidada de acuerdo con el salario devengado al momento de iniciar la misma y el segundo haberse efectuado el pago de la licencia.

Al respecto resulta oportuno recordar que tratándose de la licencia de maternidad, la misma se causa con el nacimiento del menor que viene en gestación, bajo esta consideración y toda vez que de conformidad con los documentos médicos allegados, visibles a folios 24-29 y el registro civil de nacimiento se tiene que la trabajadora Saray Acosta de la Ossa, dio a luz el 5 de noviembre de 2015, es decir, que la norma aplicable al asunto era el artículo 236 del C.S.T con la modificación introducida por el artículo 1 de la ley 1468 de 2011, que establecía lo siguiente:

“ARTICULO 236. DESCANSO REMUNERADO EN LA EPOCA DEL PARTO.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

(...)”

Como se advierte, de conformidad con la normatividad citada, la licencia de maternidad se pagaría teniendo en cuenta el salario devengado al momento de entrar a disfrutar del

descanso, sin que pueda pasarse por alto que el salario devengado por la trabajadora ascendía al salario mínimo mensual legal vigente, tal y como se desprende del contrato a término fijo inferior a un año allegado (fl. 16) , ahora bien, es claro que la demandante empezó a disfrutar su licencia desde el 3 noviembre de 2015, conforme se desprende de la incapacidad No. 98528 obrante a folio 17, esto es, estando a pocos meses del cambio de vigencia del año y por tanto aumento del salario mínimo, en esa medida y toda vez que la licencia de maternidad no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, ello en aplicación analógica de lo señalado en la sentencia C-543 de 2017, respecto de las incapacidades, resulta claro que no le asiste razón al recurrente para pretender que la licencia transcurrida entre el 1° de enero de 2016 y el 8 de febrero de 2016, se pagara teniendo como base el salario mínimo del año 2015 (\$644.400), ya que el valor definido para el año 2016, constituía la remuneración mínima vital y móvil durante dicha anualidad, es por esta razón que la Superintendencia para calcular el valor de los 98 días de incapacidad, tomo 59 días teniendo en cuenta el SMMLV de 2015 y 39 días teniendo en cuenta el SMMLV de 2016, lo cual arrojó la suma de \$2.163.612, no obstante, como el empleador solo efectuó el pago a la trabajadora por valor de \$2.122.060, ordenó el reembolso por tal suma, aspecto que se confirmara por esta sala.

Ahora bien, en lo relativo al pago que señala el recurrente fue realizado por valor de \$2.104.844 y cuyos soportes adjuntó al escrito de impugnación correspondiendo a pantallazos del recibo individual de pagos generado por Bancolombia y del

aplicativo Apoteosys, lo primero que debe señalarse es que el comprobante de Bancolombia, da cuenta de una transacción efectuada el 1° de agosto de 2018, por valor de \$2.104.844, a un número de cuenta en Bancafé (046669999537) y a nombre de Unidrogas S.A., sin que pueda determinarse a que título se efectuó la misma, pues no cuenta con un documento soporte que permita establecer el discriminado, debiéndose señalar que si para ello se allegó el pantallazo de lo que denomina el apoderado como APOTEOSYS sistema de seguimiento de cheques y transferencias, dicho documento no cuenta con historial de descarga y carece de firma y/o sello que genere certeza sobre su elaboración, además no coincide con los datos registrados en el comprobante de transferencia de Bancolombia, tales como número de cuenta (19162625158), entidad bancaria (Bancolombia), fecha de pago (1/06/2018) y/o fecha real de pago (7/06/2018), razón por la cual ante dicha deficiencia probatoria, no es posible acreditar si quiera el pago parcial pretendido por el demandante y se procederá a confirmar la decisión del aquo.

Sin costas en esta instancia.

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

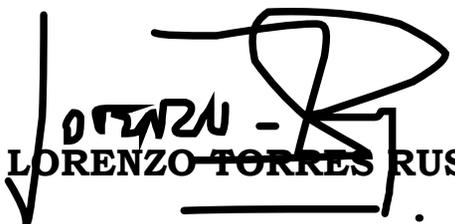
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 8 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL DE COLOMBIA APC contra SALUD TOTAL
EPS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00455 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Salud Total EPS S.A., contra el fallo proferido el 10 de marzo de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 13 de noviembre de 2020 (fl. 105) y remitido el expediente a esta Corporación el 29 de abril de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La agencia demandante, pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de 8 días por concepto de la licencia de maternidad, expedida por la ESE Hospital de Caldas a su trabajadora Claudia Rivera Bermúdez, por valor de \$1.154.000.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La agencia demandante, manifestó que la señora Claudia Rivera Bermúdez, se encontraba afiliada como cotizante independiente a Salud Total desde el año 2015 y hasta el 30 de junio de 2016, realizando ininterrumpidamente sus aportes y que con posterioridad, el 23 de junio de 2016, fue vinculada laboralmente a la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia APC – COLOMBIA, tiempo desde el cual se pagan puntualmente los aportes al Sistema General de Seguridad Social, igualmente, señaló que la ESE Hospital de Caldas, expidió licencia de maternidad a la trabajadora aludida, por el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 2016 y el 9 de marzo de 2017 (98 días), no obstante, Salud Total reconoció solo 90 días, ante ello presentó requerimiento a la EPS, quien indicó que antes del nacimiento del menor la señora Rivera presentó 150 días de cotización, es decir, solo 5 pagos continuos de por 30 días, por lo tanto se procedía a la autorización proporcional al tiempo de cotización lo cual equivalía a 90 días de reconocimiento.

III. RESPUESTA SALUD TOTAL EPS S.A.

Salud Total EPS S.A., sostuvo que pagó de manera proporcional la licencia de maternidad otorgada a Claudia Rivera Bermúdez, señalando que para el reconocimiento y pago de la prestación económica debía darse cumplimiento a las condiciones establecidas en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, así como, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 047 de 2000, frente a los periodos de cotización necesarios para el reconocimiento de la licencia de maternidad y lo señalando en el artículo 78 del Decreto 2353 de 2015, refiriendo que en el caso particular la señora Rivera Bermúdez, presentó 150 días de cotización al sistema general de seguridad social, lo que llevaba a afirmar que la usuaria solo había cotizado 5 pagos continuos por 30 días, lo que conllevó a que no se negara la prestación sino que se procediera a liquidar y reconocer de manera proporcional, que equivalió a 90 días, por la suma de \$12.987.000.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, no accedió a las pretensiones planteadas, señalando que los requisitos mínimos para acceder al pago de la licencia de maternidad se contraían a lo siguiente: i) que el trámite para el cobro de la licencia debía adelantarse por el empleador (art. 121 Decreto 019/2012); ii) que el empleador hubiese cancelado la incapacidad a la trabajadora;

iii) que la afiliada tuviera la calidad de cotizante; iv) que se cumpliera con el periodo mínimo de cotización establecido en el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 de 2016 y v) que existiera oportunidad en el pago de los aportes (a la fecha del parto se hubiese efectuado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el periodo de gestación), adicionalmente, señaló que para los efectos de constatar el cumplimiento del requisito de cotización mínima se debían tener en cuenta todos los aportes efectuados durante el periodo de gestación al Sistema General de Seguridad Social en Salud sin discriminar el aportante, en ese sentido, precisó que la trabajadora tuvo un periodo de gestación de 270 días, durante los cuales cotizó un total de 248 días, advirtiendo que en el mes de julio solo se registraron aportes por 8 días, ello en razón a que el vínculo laboral inició en el mes de junio de 2016, en consideración a lo anterior, procedió con la liquidación de la licencia, señalando que los días a reconocer por la licencia correspondían a 90,01481, y por tanto no se accedía a lo solicitado en tanto que la prestación había sido reconocida, liquidada y cancelada en debida forma y de manera proporcional a los días efectivamente cotizados durante su periodo de gestación.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La agencia demandante, impugnó la decisión, solicitando la revocatoria de la sentencia proferida fundamentada en que atendiendo las cotizaciones realizadas por la señora Claudia Rivera Bermúdez, como cotizante independiente (año 2015 – hasta el 30 de junio de 2016) que fueron oportunamente

allegadas al proceso y las que con la vinculación laboral a la Agencia Presidencial de Cooperación Internacional de Colombia, se efectuaron como cotizante, se lograba verificar que los aportes eran completos e ininterrumpidos indistintamente del vínculo que los originaba, por lo que el hecho que haya cambiado de trabajo o de calidad de independiente a dependiente, no implicaba perder la continuidad en sus aportes, toda vez, que esto solo era una novedad en la afiliación que en nada afectaba las cotizaciones efectuadas y las compensaciones que recibía la EPS, en virtud de las mismas, preservando un equilibrio financiero entre la contribución y la prestación, de manera que en el caso bajo estudio no resultaba procedente la determinación de un pago proporcional.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de impugnación interpuesto, debe tenerse en cuenta que el reparo del recurrente gira en torno a que no se tuvieron en cuenta los aportes realizados por la trabajadora como contratista independiente, por lo que sí se cumplía con el requisito de cotización mínima y por tanto no se generaba el pago proporcional de la licencia sino el pago completo.

En primer lugar, resulta pertinente acudir a lo dispuesto en el artículo 2.1.13.1. del Decreto 780 de 2016, que contempla los requisitos que se deben reunir para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.1.13.1. LICENCIA DE MATERNIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar.

(Artículo 78 del Decreto 2353 de 2015)”.

De conformidad con la norma antes transcrita, se desprende que para el reconocimiento de la licencia de maternidad, la afiliada cotizante deberá haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación, sin discriminar si estos hubiesen sido efectuados como cotizante independiente o dependiente (vinculada laboralmente), por lo que se procederá a analizar si en el presente asunto se encuentran acreditadas las cotizaciones durante todo el período de gestación.

Ahora bien, de conformidad con la historia clínica allegada expedida por la ESE Hospital de Caldas, obrante a folio 21 del

expediente, se registra que el periodo de gestación fue de 38,5 semanas, es decir, un aproximado de 270 días o 9 meses, conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que el menor nació el 2 de diciembre de 2016, se tiene que la gestión empezó aproximadamente para el 1° de marzo de 2016.

Precisado lo anterior y verificada la relación de aportes a Salud Total EPS S.A. de la señora Claudia Rivera Bermúdez, que se allegó por la pasiva junto con la contestación de la demanda, se evidenció lo siguiente:

PERIODO	FECHA PAGO	APORTANTE	DIAS	IBC	COTIZACIÓN
ene-16	2/01/2016	CLAUDIA RIVERA BERMUDEZ	30	\$644.350	\$80.544
feb-16	25/02/2016	CLAUDIA RIVERA BERMUDEZ	30	\$689.455	\$86.200
mar-16	9/03/2016	CLAUDIA RIVERA BERMUDEZ	30	\$689.455	\$86.200
abr-16	5/04/2016	CLAUDIA RIVERA BERMUDEZ	30	\$689.455	\$86.200
may-16	10/05/2016	CLAUDIA RIVERA BERMUDEZ	30	\$689.455	\$86.200
jun-16	3/06/2016	CLAUDIA RIVERA BERMUDEZ	30	\$689.455	\$86.200
jul-16	12/07/2016	AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN DE COLOMBIA	8	\$1.154.000,00	\$144.200,00
ago-16	4/08/2016	AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN DE COLOMBIA	30	\$4.329.000,00	\$541.100,00
sep-16	8/09/2016	AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN DE COLOMBIA	30	\$4.329.000,00	\$541.100,00
oct-16	7/10/2016	AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN DE COLOMBIA	30	\$4.329.000,00	\$541.100,00
nov-16	31/10/2016	AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN DE COLOMBIA	30	\$ 4.329.000,00	\$541.100,00
dic-16	1/12/2016	AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN DE COLOMBIA	30	\$ 4.329.000,00	\$ 541.100,00

Como se advierte, la vinculación laboral de la señora Claudia Rivera Bermúdez, se efectuó a partir del 23 de junio de 2016, según se advierte de la certificación expedida por APC – COLOMBIA el 7 de noviembre de 2017 (fl. 64), lo cual genera que por el mes de julio, tan solo se reportarán 8 días de cotización, ello sobre la base que las cotizaciones a salud se realizan de forma anticipada, tal y como lo dispone el artículo 3.2.1.3. del Decreto 780 de 2016, que señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 3.2.1.3. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN PARA LOS APORTES EN SALUD. *En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de estos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir, según sea el caso.”*

Así las cosas, se tiene que la primera cotización a salud se realizará al inicio del siguiente mes de la vinculación del trabajador, lo que supone que la cotización del mes de junio de 2016, se vería compensada en el mes de julio de 2017, pues como la nómina se cancela mes vencido, el aporte se compensará en el mes siguiente para que así se pueda cubrir el riesgo en forma anticipada, resultando entonces claro que faltaron 22 días de cotización para haber cotizado el periodo de gestación completo.

Teniendo en consideración el escenario antes planteado y toda vez que el inciso 2 del artículo 2.1.13.1. del Decreto 780 de 2016, establece que cuando por inicio de la vinculación laboral se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación, se tiene que como la gestación real fue de 270 días, periodo por el que se concedieron 98 días de licencia, al haberse dejado de cotizar durante dicho periodo 22 días, se tiene que se cotizaron un total de 248 días, de manera que al realizar la regla de tres a efectos de establecer la proporcionalidad a reconocer por concepto de la licencia deprecada, ello arroja un total de 90 días, cantidad que se determinó por la superintendencia y que desde el inicio reconoció la agencia demandante le fue reconocida por la EPS demandada, por lo que no existe

fundamento para generar el pago total de la licencia reclamada, en consecuencia se procederá a confirmar la decisión.

Finalmente y respecto a los pronunciamientos jurisprudenciales traídos a colación, resulta pertinente mencionar que se trata de sentencias de tutela que tienen efectos inter partes y que en todo caso y en gracia de discusión son anteriores a la expedición del Decreto 2353 de 2015 *“Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud”* el cual en su artículo 78 contempló los requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, que posteriormente fue compilado en el artículo 2.1.13.1. del Decreto 780 de 2016, disposición a partir de la cual se efectuó el análisis.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

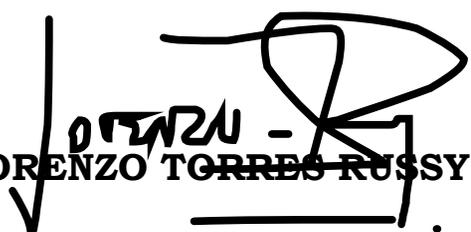
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 10 de marzo de

2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
LAO KAO S.A. contra **SALUD TOTAL EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00553 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la empresa demandante LAO KAO S.A., contra el fallo proferido el 31 de enero de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 13 de noviembre de 2020 (fl. 70) y remitido el expediente a esta Corporación el 20 de mayo de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La empresa demandante, pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad del trabajador John William Pagote Ramírez.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La empresa demandante, manifestó que el trabajador John Williams Pagote Ramírez, se vinculó con la compañía a través de un contrato laboral a término fijo, desde el 25 de enero de 2016, ejerciendo el cargo de auxiliar de transporte y devengando un salario fijo de \$690.000, igualmente indicó que desde la vinculación laboral el referido trabajador informó a la empresa sobre el estado de gravidez de su esposa, razón por la cual se efectuaron oportunamente los pagos de los aportes al sistema de seguridad social, subrogando el riesgo del pago de la licencia de paternidad en la EPS a la que se encontraba afiliado su colaborador, asimismo señaló que el 6 de octubre 2016, la esposa de su trabajador dio a luz a la menor Karen Samantha Pagote y que si bien se radico solicitud ante Salud Total EPS, para el reconocimiento de la licencia de paternidad, la misma negó la prestación reclamada con fundamento en la no continuidad en los periodos de cotización ya que los días ininterrumpidos de cotización ascendieron a 246 días.

III. RESPUESTA SALUD TOTAL EPS S.A.

Salud Total EPS S.A., sostuvo que el trabajador debió haber cotizado un periodo igual al tiempo de gestación de la madre, condición que no se cumplió por el señor Jhon William Pagote Ramírez, reuniendo un total de 246 días cotizados, lo que comprobaba que el tiempo de gestación era mayor que el tiempo cotizado, situación que deslegitimaba el derecho al reconocimiento y pago, adicionalmente indicó que no se cumplía con las disposiciones del Consorcio Fidufosyga para su reconocimiento (Art. 207 L. 100/93), así como que la buena fe se constituía para el caso en un elemento exonerativo sustancial para que la EPS no pudiera ser sancionada y que Salud Total EPS debía proteger los recursos públicos destinados a la prestación de los servicios de salud de los afiliados y no podía reconocer y cancelar reembolsos sin el cumplimiento de las condiciones y requisitos legales.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, no accedió a las pretensiones planteadas, señalando que los requisitos mínimos para acceder al pago de la licencia de paternidad se contraían a lo siguiente: i) que el afiliado ostentara la calidad de cotizante y ii) que hubiera cotizado como mínimo durante todo el periodo de gestación de la madre en forma ininterrumpida y completa, señalando que partiendo de la fecha de nacimiento de la hija

del trabajador, ocurrido el 6 de octubre de 2016, y revisado el material probatorio allegado y la base de datos de afiliados compensados ADRES, se evidenció que el señor Pagote Ramírez, solo cotizó 246 días durante el periodo de gestación y como quiera que el artículo 2.1.13.3 del Decreto 780 de 2016, establecía que para el pago de licencia de paternidad se requería que el afiliado hubiese realizado aportes durante todo el periodo de gestación y no habría lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un periodo inferior, no se cumplía con el requisito mínimo cotización por lo que no era factible acceder a las pretensiones solicitadas.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La empresa demandante, impugnó la decisión, solicitando la revocatoria de la sentencia proferida con fundamento en que para la fecha en que se generó la licencia se acogió lo dispuesto en el artículo 2.1.13.3 del Decreto 780 de 2016, sin tener en consideración que la disposición legal que dio origen a dicha norma, era la ley 1468 de 2011, que era la referencia legal vigente, norma que no establecía cuantas semanas de cotización se requerían para acceder a la licencia de paternidad, no obstante, en escenarios jurisdiccionales se había determinado que se debía cumplir como mínimo con 2 semanas de cotización, sin que pudieran admitirse interpretaciones soportadas en un Decreto que no guardaba consonancia con una norma de rango legal que tenía mas peso, adicionalmente, que no podía perderse de vista que la Corte Constitucional en sentencia T-190 de 2006, había estipulado

las reglas específicas para el reconocimiento de la licencia de paternidad cuando el trabajador no había cotizado durante todo el periodo de gestación de su esposa, escenario bajo el que se encontraba el trabajador, por lo que se hacía acreedor del reconocimiento de la prestación reclamada.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de impugnación interpuesto, debe tenerse en cuenta que el reparo del recurrente gira en torno a que la licencia de paternidad cuyo reembolso se reclama si resultaba procedente, aunque no se hubiese realizado cotización durante todo el periodo de gestación de la madre.

Al respecto resulta oportuno recordar que tratándose de la licencia de maternidad o paternidad, la misma se causa con el nacimiento del menor que viene en gestación, bajo esta consideración y toda vez que de conformidad con el certificado de incapacidad No. P6813936 visible a folio 14 y el registro civil de nacimiento de la menor Karen Samantha Pagote Vera, obrante a folio 18, se tiene que la cónyuge y/o compañera del trabajador, dio a luz el 6 de octubre de 2016, es decir, que la norma aplicable al asunto era el artículo 236 del C.S.T con la modificación introducida por el artículo 1° de la ley 1468 de 2011, que establecía lo siguiente:

“ARTICULO 236. DESCANSO REMUNERADO EN LA EPOCA DEL PARTO.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

(...)

PARÁGRAFO 1o. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

(...)"

No obstante, no puede perderse de vista que para la fecha de nacimiento de la hija del señor Pagote Ramírez, ya se había expedido el Decreto 2353 de 2015 *“Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud”* el cual en su artículo 80 (compilado en el artículo 2.1.13.3 del Decreto 780 de 2016) contempló las condiciones o requisitos para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, en los siguientes términos:

“ARTICULO 80. LICENCIA DE PATERNIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de paternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que el afiliado cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación de la madre y no habrá lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación. (Subrayas y negrita fuera de texto).

En los casos en que durante el período de gestación, el empleador del afiliado cotizante o el trabajador independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones habrá lugar al reconocimiento de la licencia de paternidad

siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el periodo de gestación.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.”

De las anteriores normas, se colige que el derecho a la licencia de paternidad se contempla en el artículo 236 del C.S.T con la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley 1468 de 2011, pero las condiciones de su reconocimiento se encuentran reguladas en el artículo 80 del Decreto 2353 de 2015, sin que exista ninguna contradicción en estas, pues lo que se hizo en el decreto fue aclarar el vacío que había quedado en la norma respecto a las semanas requeridas para tener derecho a la licencia y en todo caso como parámetro se tenía la sentencia C-663 de 2009, que señaló que “(...) *para el reconocimiento de la licencia de paternidad, las EPS sólo podrán exigir la cotización de las semanas correspondientes al periodo de gestación, en los términos en que se reconoce la licencia de maternidad.*”.

En ese orden de ideas, resulta evidente que para poder otorgar el reembolso de la licencia de paternidad reclamada, el trabajador debió haber cotizado durante los meses que correspondían al periodo de gestación de la madre, señalándose expresamente en la norma que no habría lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un periodo inferior al de la gestación, de acuerdo con ello y toda vez que no existe controversia en que el señor Pagote Ramírez había cotizado 246 días, pues ello no fue objeto de discusión, requiriendo por lo menos 270 días, como quiera que el periodo de gestación de la cónyuge y/o compañera del

trabajador fue de 39,5 semanas, resulta evidente que no se cumplió con la cotización mínima requerida para otorgar el reconocimiento de la prestación.

Finalmente y respecto al pronunciamiento jurisprudencial traído a colación, resulta pertinente mencionar que se trata de una sentencia de tutela que tiene efectos inter partes y que en todo caso y en gracia de discusión, es anterior a la expedición del Decreto 2353 de 2015.

Así las cosas, al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Superintendencia con lo que refleja la normatividad aplicable al caso y encontrar ajustada la misma, se procederá a confirmar la decisión.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 31 de enero de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por
ANDRES HERNANDEZ REYES contra CAFESALUD EPS S.A.
EN LIQUIDACIÓN.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00985 01

Bogotá D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Cafesalud EPS S.A., contra el fallo proferido el 12 de julio de 2019, por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 28 de octubre de 2019 (fl. 58) y remitido el expediente a esta Corporación el 30 de julio de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

El demandante pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento económico de la suma de \$5.481.216, gastos en que incurrió por concepto de la compra de materiales quirúrgicos (implante clavo cefamedular) requeridos para la atención de urgencias que recibió su madre Soledad Reyes de Hernández, en la Clínica Esimed Cali – Norte de Cafesalud EPS.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

El demandante manifestó que el día 15 de marzo de 2017, su madre la señora Soledad Reyes de Hernández (beneficiaria de su hermana María Hernández Reyes), presentó fractura de fémur en la cadera de la pierna derecha, siendo internada en la Clínica Esimed Cali – Norte de Cafesalud EPS, igualmente, refirió que ante la demora en la realización del procedimiento, la jefe de enfermeras y el doctor de turno manifestaron no contar con los materiales para la operación, ni saber cuándo llegarían estos a la clínica, por lo que junto con su familia tomaron la determinación de comprarlos, para ello se pusieron en contacto con corpomedica quien refirió poderlos suministrar a partir del 25 de marzo, fecha en la que se hizo la compra y se puso a disposición de la clínica para la cirugía, luego manifestó que ante el trascurso de los días sin actividad se pusieron en contacto con la señora Elodia Cardona, funcionaria de la defensoría del paciente para que se tomaran acciones contra la clínica y se agilizará la cirugía, practicándosele el 10 de abril,

después de casi un mes de internada su madre en la clínica, fecha en que la misma falleció en la sala de recuperación.

III. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS

La demandada sostuvo que conforme a la comunicación reportada por el área de cuentas médicas de Cafesalud EPS, se registró una radicación de solicitud de reembolso a nombre del señor Andrés Hernández Reyes, la cual se había negado según auditoría por ser extemporánea. Propuso las excepciones de mérito que denominó: ausencia del cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar reembolso, el caso de la paciente no es una urgencia vital, la IPS no solicitó autorización para la atención de la urgencia, los recursos de la salud tienen una destinación específica y genérica.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, señalando que si bien se emitió autorización de servicios de salud para material de osteosíntesis, no garantizó la provisión de ese material debido a demoras en programación, no disponibilidad de anestesiólogo y falta de convenio con el proveedor de material de osteosíntesis, lo cual resultaba sumamente gravoso, si se tenía en cuenta que se trataba de una persona de 92 años de edad quien gozaba de una protección constitucional reforzada, además que el diagnóstico que presentaba la señora Soledad Reyes de Hernández, si constituía una urgencia, pues el médico tratante estableció que

el manejo quirúrgico era urgente, concluyendo que si bien la paciente contó con la prestación del servicio una de las dimensiones del derecho fundamental a la salud no se había satisfecho correspondiente a la asunción de los gastos de la prestación del servicio los cuales traslado al paciente, tornándose mas gravosa la situación al haber negado el reconocimiento con fundamento en un requisito formal “extemporaneidad de la reclamación”, precisando que el termino con el que contaban los afiliados para adelantar el trámite administrativo no tenia como consecuencia la pérdida del derecho por el usuario.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Cafesalud EPS en Liquidación, impugnó la decisión, mediante escrito en el que solicitó la revocatoria de la sentencia y la absolución de su representada, toda vez que la EPS cumplió con la obligación de autorizar oportunamente el procedimiento quirúrgico que requería la paciente, así como, el material de osteosíntesis necesario para el procedimiento, pues la autorización fue expedida el 16 de marzo de 2017, un día después de ingresada la paciente a la IPS adscrita a la red de prestadores de Cafesalud, igualmente indicó que la situación de reprogramación de la cirugía era únicamente de responsabilidad de la IPS y de sus médicos adscritos, ya que son estos quienes decían el diagnostico, tratamiento y tiempos para realizar los procedimientos de suerte que si la reprogramación de cirugía obedeció a falta de quirófanos se debió informar tal situación para que se asignara otra IPS, además resaltó que llamaba la atención que el día 9 de abril se

indicara en la historia clínica que el material se compro de manera particular cuando la factura era del 12 de marzo (SIC) de 2017, fecha para la cual la paciente ya había fallecido, así concluyó que la Superintendencia no tuvo en cuenta las anteriores situaciones y basó su orden únicamente en que Cafesalud omitió el cumplimiento de su obligación.

Igualmente, mencionó que mediante Resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, y la intervención forzosa administrativa para liquidar a Cafesalud EPS, aduciendo que en el caso de confirmarse la sentencia, para el pago de la misma seria necesario que el demandante se presente al proceso de reconocimiento de acreencias con prueba siquiera sumaria de sus créditos, debiendo para ello diligenciar los formularios disponibles en la pagina web.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver debe tenerse en cuenta que en el presente asunto el reparo que aduce el demandante gira en torno que no se tuvo en cuenta que el procedimiento quirúrgico y el material fueron autorizados al día siguiente que ingresó la paciente a la clínica Esimed, que la demora en la cirugía de la paciente fue de la IPS, pues no contaban con quirófano y que la factura del material comprado era posterior al fallecimiento de la señora Reyes de Hernández.

Al respecto debe precisarse que no es cierto que no se hubiese tenido en cuenta que la EPS hubiere autorizado el procedimiento y el material de osteosíntesis requerido para la cirugía, pues así se señaló en el fallo de la superintendencia, lo que se reprochó fue las demoras en la programación de la cirugía, por no disponibilidad de anestesiólogo, quirófanos y principalmente porque no se garantizó la provisión del material de osteosíntesis para la cirugía, sobre el particular resultan relevantes los siguientes apartes de la historia clínica que fueron allegados por la clínica Esimed y que reposan en medio magnético en el expediente:

- ✓ En el registro del 19 de marzo de 2017, en el acápite de análisis se señaló: “PCTE CON HISTORIA CLÍNICA ANOTADA EN EL MOMENTO CON SIGNOS VITALES ESTABLES TRANQUILO, TOLERANDO VÍA ORAL COMO CUADRO DE TRAUMA EN CADERA DERECHA SUBTROCANTERICA VALORADO ORTOPEDIA REFIERE PRESENTA FRACTURA DE FÉMUR DESPLAZADA DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO DEFINE MANEJO QUIRÚRGICO REDUCCIÓN ABIERTA + OSTEOSÍNTESIS DE FÉMUR **YA SOLICITO MATERIALES LOS CUALES ESTÁN AUTORIZADOS PERO FALTA QUE CASA MÉDICA LOS DESPACHE PARA PODER PROGRAMAR DE IGUAL MANERA SE GENERÓ ORDEN DE REMISIÓN ESTAMOS A LA ESPERA DE RESPUESTA DE LA EPS DE ESTAS DOS OPCIONES EVITAR DEMORAS TENER EN CUENTA PCTE ANCIANO POSTRADO POR FRACTURA, AMBIENTE HOSPITALARIO RIESGO DE INFECCIONES NOSOCOMIALES, TVP, TEP, ETC.**”
- ✓ En el registro del 20 de marzo de 2017, en el acápite de análisis se indicó lo siguiente: “*PACIENTE DE 92 AÑOS QUIÉN PRESENTA CAÍDA DESDE LA PROPIA ALTURA CON TRAUMA EN REGIÓN DE CADERA DERECHA POR LO CUAL TRAEN AL SERVICIO DE URGENCIAS SE LE REALIZA RADIOGRAFÍA DE CADERA Y VALORA POR EL SERVICIO DE ORTOPEDIA QUIÉN DEFINE PACIENTE CON FRACTURA DE FÉMUR SUBTRONCATERICA DESPLAZADA DE*

*MIEMBRO INFERIOR DERECHO SE DEFINE MANEJO QUIRÚRGICO REDUCCIÓN ABIERTA MÁS OSTEOSÍNTESIS DE FÉMUR YA SOLICITO MATERIALES LOS CUALES ESTÁN AUTORIZADOS **PERO FALTA QUE CASA MÉDICA LOS DESPACHE PERO ANTE LA DEMORA Y NO TENERSE SEGURIDAD DEL DESPACHO SE INICIÓ TRÁMITE DE REMISIONAR RED EXTERNA PARA QUE SE UBIQUE SITIO DE PROCEDIMIENTO DE LA PACIENTE PARA AGILIZAR EL MISMO Y DE ESTA MANERA EVITAR COMPLICACIONES COMO ESCARAS DE TVP NEUMONÍAS O INFECCIONES NOSOCOMIALES.***

- ✓ En el registro del 27 de marzo de 2017, en el acápite de análisis se señala lo siguiente: “HC ANOTADA Y REVISADA, PRESENTA TRAUNMA EN CADERA RX CON FRACTURA DE FEMUR SUBTRACANTERICA LA CUAL **REQUIERE MANEJO QUIRURGICO RA+OTS CON CLAVO CEFALO MEDULAR, MATERIALES YA ESTAN AUTORIZADOS POR EPS PERO AUN NO HAY DATOS DE CUANDO LLEGARAN A LA CLINICA PARA PODER PROGAMAR CX, ANESTESIOLOGIA ADEMAS DIO AVAL DE CX CON INDICACIONES DE RESERVA DE 2 UNIDADES DE GR.**”

- ✓ En el registro del 3 de abril de 2017, en el acápite de análisis se indicó: “PACIENTE DE 92 AÑOS HOSPITALIZADA POR FRACTURA DE FÉMUR SUBTROCANTERICA DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO, SECUNDARIO A TRAUMA LA CUAL REQUIERE MANEJO QUIRÚRGICO RA + OTS CON CLAVO CEFALOMEDULAR **REFIERE FAMILIAR YA TIENE INSUMOS COMPRADOS TENÍA PROGRAMADA LA CIRUGÍA PARA EL DÍA DE HOY EN HORAS DE LA MAÑANA PERO INFORMA QUIRÓFANO QUE NO CUENTAN CON DISPONIBILIDAD DE QUIRÓFANO POR FALTA DE ANESTESIÓLOGOS** POR LO CUAL SOLO SE TIENE DISPONIBILE SALA PARA CIRUGÍA DE URGENCIAS INMEDIATA POR LO CUAL EL DOCTOR GORDILLO REFIERE SE DEBE ESPERAR REPROGRAMACIÓN EN EL MOMENTO SE CONTINÚA CON MANEJO ANALGÉSICO PROFILAXIS PARA TEP, TVP SE LE EXPLICA A LOS FAMILIARES CUADRO CLÍNICO Y DEMORAS EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO EL CUADRO QUIEREN ENTENDER AUNQUE NO ESTÁN DE ACUERDO CON DICHA ESPERA.”

- ✓ En el registro del 9 de abril de 2017, en el acápite de análisis se estipuló lo siguiente: *“PACIENTE DE 92 AÑOS HOSPITALIZADA POR FRACTURA DE FÉMUR SUBTROCANTERICA DE MIEMBRO INFERIOR DERECHO SECUNDARIO A TRAUMAR LA CUAL REQUIERE MANEJO QUIRÚRGICO RA+ OTS CON CLAVO CEFALOMEDULAR **YA TIENE INSUMOS COMPRADOS DE MANERA PARTICULAR, YA QUE EN EL MOMENTO NO SE CONTABA CON CONVENIO CON CASA MÉDICA SEGÚN ENTREGA DE TURNO TIENE CIRUGÍA PROGRAMADA PARA EL DÍA 10/4/17 A LAS 8+00, YA LA CASA MÉDICA CON LA CUAL COMPRARON INSUMOS ENVÍO MATERIALES PARA ESTERILIZACIÓN**, SE DEJA ORDEN DE NO ADMINISTRAR ENOXAPARINA 12 HORAS ANTES DE PROCEDIMIENTO AYUNO 8 HORAS, YA SE REALIZÓ RESERVA DE 2 UN GRE ORDENADO POR ANESTESIOLOGÍA.”*

Como se observa, de los anteriores registros en la historia clínica es claro para esta sala que la EPS si tenía conocimiento, de la situación que se presentaba con el material de osteosíntesis, desde el 19 de marzo de 2017, cuando se generó el primer registro y pese a ello, no se evidenciaron acciones de la misma para conjurar tal situación, por lo que no le quedó otra alternativa a la familia de la paciente que adquirir con sus propios recursos el material requerido para la intervención quirúrgica de la señora Soledad Reyes de Hernández, aspecto que también se encuentra acreditado con los registros realizados en la historia clínica, en la que en 2 oportunidades, se hizo alusión a ello.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el reparo que se aduce respecto a los quirófanos, no puede pasarse por alto que en los propios registros realizados en la historia clínica previa

a la consecución del material de osteosíntesis se solicitó la remisión a otra IPS para la práctica del procedimiento reiterándose que no se evidenció respuesta alguna ante ello, lo que da cuenta de una clara negligencia de parte de la EPS, frente a la atención requerida por la paciente y si bien luego de adquirido el material existía una deficiencia de profesionales y/o quirófanos para la práctica de la cirugía, no puede pasarse por alto que la EPS de conformidad con lo señalado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, tiene como función básica asignada por la Ley “(...) garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (...)” y dentro de las funciones que le compelen a la misma de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 178 Ibidem, se encuentra “Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”, en virtud de lo cual, la responsable directa en la prestación del servicio era Cafesalud EPS, sin que pudiera trasladar sus obligaciones en la IPS.

De otra parte y en lo que atañe a que la factura fuera posterior a la intervención quirúrgica y muerte de la paciente (10 de abril de 2017), debe señalarse que en efecto al revisar la factura que obra a folio 13 del plenario, la misma posee fecha del 12 de abril de 2012, debiéndose destacar que en ésta se registra como paciente a la señora Soledad Reyes de Hernández, como doctor al profesional Carlos Eduardo Alegría Valencia y como IPS a la Clínica Esimed Cali Norte, lo cual coincide con la IPS que suministro la atención a la paciente, debiéndose destacar que tratándose de este tipo de materiales

e intervenciones, no es atípico que se desconozca la cantidad de material que se vaya a necesitar, por lo que la factura se genera con posterioridad a la intervención quirúrgica cuando ya se tiene certeza de la cantidad de material usado, de tal suerte que aunque la fecha de la factura sea posterior a la cirugía ello per se no la desvirtúa, ni le resta credibilidad.

Así las cosas, al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Superintendencia con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda establecer de manera concreta, que la EPS actuó bajo los principios de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad y continuidad que requería la atención de urgencias que requería la paciente.

Finalmente, frente a la solicitud que se realizó por el apoderado respecto a que el demandante se hiciera parte dentro del proceso liquidatorio que se adelanta ante CAFESALUD EPS S.A., debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en Sentencia C- 089 del 26 de septiembre de 2018, señaló que el procedimiento aplicable para la liquidación de las EPS e IPS, se encuentra contemplado en los Decretos Ley 663 de 1993, Decreto 2418 de 1999, y a la Ley 510 de 1999, aplicables en virtud de remisión expresa de los Decretos 1922 de 1994, Decreto 1015 de 2002, Decreto 3023 de 2002, Decreto 2555 de 2010, y demás normas que modifican y complementan el EOSF y a los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las EPS e IPS, les eran aplicables

las normas de procedimiento previstas a partir del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto Ley 633 de 1993, modificado por la Ley 510 de 1999, Decreto 2555 de 2010 y demás normas que lo adicionen o complementen.

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

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

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

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

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

determinaron los créditos a cargo de la masa de la institución financiera en liquidación, se procede a su cumplimiento de forma inmediata.

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

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

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

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

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

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

(...)”

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en el presente asunto la Superintendencia Nacional de Salud, en el fallo expedido en primera instancia determinó que Cafesalud EPS S.A. hoy en liquidación debía proceder con el reembolso de los gastos requeridos por el demandante y toda vez que del precedente y normatividad citada se desprende que el proceso liquidatorio es reglado y establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito, el demandante está

habilitado para actuar de conformidad con las reglas precedentes, para que si a bien lo tiene, se haga parte en el proceso de liquidación y reclame el pago de la prestación que le fue reconocida por la Superintendencia Nacional de Salud en sentencia del 12 de julio de 2019, que se confirmará en esta providencia, sin posibilidad de incluir pronunciamiento alguno en razón a que la competencia de este tribunal está referida a las materias de la apelación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 12 de julio de 2019, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE

(EN USO DE PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARTHA LUCIA HERRERA CAMACHO contra FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP.

RADICADO: 11001 3105 024 2018 00062 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de octubre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por la apoderada de la parte actora, en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia, mencionando que se había acreditado: i) la convivencia con el causante desde el 12 de marzo de 1983 hasta el 8 de abril de 1989 (fallecimiento), ii) que el causante contaba con 408 semanas cotizadas en la Caja de Previsión Distrital hoy Foncep, iii) que el causante a la fecha de su fallecimiento se encontraba cotizando al sistema general de pensiones y iv) que en reiteradas sentencias de las altas cortes se había unificado que *“(...) es sabido que tratándose de pensiones, la ley posterior al momento del fallecimiento del afiliado prevalece sobre la anterior, en cuanto sea más favorable, dado el carácter de orden público que ostenta y la hace aplicable a situaciones aun no consumadas, pero en vía de solución se aplica la retrospectividad de la ley”*, atendiendo a lo anterior y analizados los condiciones exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, concluyó que se cumplían los requisitos de la mencionada norma para el reconocimiento de la prestación reclamada, precisando que se trataba de una aplicación retrospectiva de la ley.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se declarara que en calidad de cónyuge supérstite del afiliado Rosenberg Orduña Rodríguez, cumplía con los presupuestos del artículo 46 de la ley 100 de 1993 y por tanto le asistía el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, también solicitó el pago del retroactivo de las mesadas pensionales desde el 8 de abril de 1989, los intereses moratorios y en caso que estos no se

concedieran a la indexación de las sumas, a las costas y a agencias en derecho y a lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 12 de marzo de 1983 contrajo matrimonio con el señor Rosenberg Orduña Rodríguez, dentro del cual se procrearon 2 hijos hoy mayores de edad, también mencionó que el Señor Orduña Rodríguez, se vinculó con la Secretaria General de la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, en calidad de trabajador oficial y para el cargo de obrero, relación en virtud de la cual aportó al Sistema General de Pensiones a través de la Secretaria de Obras Públicas en la Caja de Previsión Distrital 2861 días, equivalente a 408 semanas, igualmente, precisó que el señor Orduña Rodríguez, falleció el 8 de abril de 1989, momento hasta el que convivió con el causante desde que contrajeron matrimonio y data para la cual el causante había cotizado más de 26 semanas.

Como fundamento normativo citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 46, 47, 48, 141 de la Ley 100 de 1993, el artículo 4 de la Ley 700 de 2001, el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Fondo de Prestaciones Económicas, cesantías y Pensiones “FONCEP”, dio contestación a la demanda, como se observa a folios 139-154 , en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante no

acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, ya que el causante no alcanzó a cumplir con los requisitos para adquirir el status pensional pues solo laboró al servicio de la Secretaria de Obras Públicas en el periodo comprendido entre el 30 de abril de 1981 y hasta el 8 de abril de 1989, aunado a ello, precisó que la ley aplicable para este tipo de prestación era la vigente al momento del fallecimiento (08 de abril de 1989), por lo que no podría aplicarse la Ley 100 de 1993, como quiera que la misma no existía a la fecha del fallecimiento y ésta entró a regir para el Distrito Capital y judicial el 30 de junio de 1995. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción de la acción, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales, improcedencia de los intereses moratorios pretendidos y excepción genérica.

Mediante auto del 23 de abril de 2019, notificado por estado el 24 del mismo mes y año, se ordenó integrar litisconsorcio necesario con Bogotá D.C. – Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial.

La Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial, contestó la demanda, como se aprecia a folios 182-188, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones por carecer de fundamento legal, razón por la que solicitó fueran negadas. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de octubre de 2020, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO* propuesta por la parte demandada FONCEP.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES – FONCEP y a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL – UAERMV de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por la señora MERTHA LUCIA HERRERA CAMACHO.

TERCERO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que surta el grado jurisdiccional de consulta, en el evento en que la demandante no interponga recurso de apelación contra la presente decisión.

Como fundamento de su decisión, argumentó que tratándose de la pensión de sobreviviente la normatividad aplicable era la vigente al momento del deceso del causante tal y como se había señalado entre otras en la sentencia SL450-2018, de tal suerte que para el reconocimiento del derecho solicitado, se tendría en cuenta lo regulado en el Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, advirtiendo que no se cumplían los requisitos allí contenidos, no obstante, como el reconocimiento de la prestación se fundaba en la aplicación de la Ley 100 de 1993, bajo los principios de favorabilidad y retrospectividad de la ley, mencionó que ateniendo lo señalado en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se podrían acoger a los mandatos de la mencionada ley bajo el principio de favorabilidad, sin embargo, como de lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, se desprendía que el sistema General de Pensiones regiría a partir del 1° de abril de

1994 y para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital a más tardar el 30 de junio de 1995, se tenía que las únicas situaciones que podrían ser resueltas bajo el principio de favorabilidad eran las consolidadas a partir de la entrada en vigor de la ley, respecto a la retrospectividad de la ley trajo a colación la sentencia T - 110 de 2011 y concluyó que atendiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que había adoctrinado que la norma aplicable era la vigente al fallecimiento del causante, máxime que las normas laborales no tenían efecto retroactivo conforme lo señalaba el artículo 16 del C.S.T.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora, solicitó la revocatoria de la sentencia, mencionando que la jurisprudencia de las altas cortes, habían dejado sentado la aplicación de la ley en el tiempo y del principio de favorabilidad y retrospectividad en el evento en que la ley posterior pudiera mejorar las condiciones económicas de los beneficiarios, adicionalmente, mencionó que dentro de las sentencias invocadas se realizó un recuento de la normatividad aplicable para la pensión de sobrevivientes, en el que se llega a la conclusión que lo que tiene que ver con la regulación de dicha prestación a través de los años, tanto en el régimen privado como en el régimen público han flexibilizado el acceso a dicha prestación económica, teniendo en cuenta el principio de la Seguridad Social transformador de un beneficio existencial como quiera que fue consagrado dentro del artículo 48 de la Constitución Política, como un servicio público de carácter irrenunciable, por lo que al encontrarse el causante

Rosemberg Orduña, activo dentro del sistema y teniendo en cuenta los principios mencionados, se podría encajar en lo exigido por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante atendiendo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en los principios de favorabilidad y retrospectividad de la Ley y en caso afirmativo, a los intereses moratorios y/o indexación de las sumas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) La señora Martha Lucia Herrera Camacho, contrajo matrimonio por el rito católico con el señor Rosemberg Orduña Rodríguez (Q.E.P.D), el 12 de marzo de 1983 (fl. 40), ii) el señor Rosemberg Orduña Rodríguez, falleció el 8 de abril de 1989 (fl. 39) y iii) el señor Rosemberg Orduña Rodríguez, prestó sus servicios como trabajador oficial, ingresando a laborar con la Secretaria de Obras Publicas de Bogotá, desde el 30 de abril de 1981 y produciéndose su retiro por fallecimiento el 10 de abril de 1989, fecha para la cual desempeñaba el cargo de Auxiliar General IV (fl. 45).

Precisado lo anterior y toda vez que el reparo de la recurrente se traduce en que para el análisis de la prestación de

sobrevivencia que se reclama resulta aplicable el artículo 46 de la ley 100 de 1993, en virtud de los principios de favorabilidad y retrospectividad de la ley, conviene recordar que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en SL450-2018, radicación No. 57441 del 28 de febrero de 2018, señaló que la jurisprudencia de la Corporación había reiterado constantemente que el artículo 16 del C.S.T. establecía que las normas del trabajo y seguridad social tenían efecto general inmediato y no tenían consecuencias retroactivas sobre situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, siendo claro que en el caso de la pensión de sobrevivientes la normatividad aplicable era la vigente al momento u ocurrencia del deceso, puntualizando que el principio de favorabilidad constitucional solo se aplicaba cuando existiera duda en la aplicación de dos o más normas vigentes que fueran aplicables al caso (regla más favorable) o cuando se tuviera duda sobre las diversas interpretaciones de una misma norma (in dubio pro operario), por lo que la favorabilidad no implicaba la aplicación de normas futuras a un caso acaecido y consolidado bajo la vigencia de una ley anterior.

De igual forma y en el mismo precedente analizado, también se mencionó que el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, no consagraba el principio de retrospectividad, ya que lo que establecía era un evento especial de favorabilidad, definido y delimitado por el propio legislador, con el que se pretendió que a la entrada en vigor del nuevo sistema de seguridad social cualquier afiliado pudiera acogerse a la totalidad de la Ley 100 de 1993, si le resultaba más favorable en cuanto a lo contenido

en leyes anteriores, lo cual difería sustancialmente de la retrospectividad, figura que se predica para los eventos en que la nueva ley regula contratos de trabajo o situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a su expedición pero que se encuentran en desarrollo, esto es, que no se hayan extinguido o consolidado.

Así las cosas, teniendo en cuenta el criterio de nuestro máximo órgano de cierre y toda vez que lo que se observa que en este caso lo que se pretende es la aplicación retroactiva de la Ley 100 de 1993 (original), a un hecho consumado en el pasado, pues dado que el fallecimiento del afiliado acaeció el 8 de abril de 1989, la controversia no puede ser definida con normas posteriores, como quiera que la legislación aplicable era la vigente a dicha fecha, sin que pueda alterarse retroactivamente por las posteriores modificaciones legales, tal como lo prohíbe de manera expresa el artículo 16 del C.S.T., que al efecto señala *“las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores”*, razón por la cual se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Sin costas en esta instancia.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY

