



BOLETÍN 1 DE ENERO DE 2014

Providencias de interés

SALA CIVIL

CONTRATO DE SEGURO - CLÁUSULA CLAIMS MADE. Concepto, características y siniestros que ampara. **CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN.** Culpa asimilable al dolo y dolo.....página 3

EXENCIÓN DEL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS. Las cuentas corrientes de los intermediarios del mercado bancario, vigilados por la superintendencia Bancaria o de Valores, a través de las cuales transfieran recursos por compra y venta de divisas se encuentran exentas del GMF, siempre que identifiquen a los establecimientos de bancarios las cuentas corrientes de uso exclusivo para compra y venta de divisas.....Página 7

ACCIÓN REVOCATORIA EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA. Los acreedores de las sociedades en reorganización, tienen legitimación para ejercer esta acción, sin tener en cuenta la fecha en la que adquirió el crédito. La legitimación por pasiva la ostentan las sociedades que se encuentren en proceso de liquidación y no terceras que intervinieron en el acto que se pretende revocar.....Página 10

SALA LABORAL

ACCIÓN DE REINTEGRO POR FUERO CIRCUNSTANCIAL. Requisitos. Previó a establecerse si existió justa causa de despido, se debe verificar si quien pretende hacer efectiva la garantía foral es miembro de la asociación sindical que presentó el pliego de peticiones o si fue presentado por un grupo de trabajadores no sindicalizados, acreditar que pertenece a dicho grupo.....página 13

Providencias de interés

SALA LABORAL

- PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR EXPOSICIÓN A SUSTANCIAS CANCERÍGENAS.** Demostrado que el trabajador estuvo expuesto a sustancias cancerígenas por el número de semanas señaladas por la ley y acreditados los demás requisitos se obtiene el derecho a la pensión especial; la falta de cotizaciones adicionales a cargo del empleador, no es óbice para su reconocimiento, no es una omisión atribuible al trabajador.....página 14
- PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** Requisitos para la cónyuge y la compañera permanente de acuerdo con el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003.
BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN MENOR DE 30 AÑOS. Se concede pensión de manera temporal por el término máximo de 20 años.....Página 16
- PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMÚN.** El requisito de fidelidad introducido por el artículo 1º de la ley 860 de 2003 que fue declarado inexequible mediante la sentencia C-428 de 2009, no debe exigirse aunque el estado de invalidez se haya estructurado en su vigencia. Como requisitos se debe acreditar: **i)** que padece un estado de invalidez y **ii)** que cotizó 50 semanas durante los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez..... página 18
- SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.** Para que éste pueda ser computado a efectos de liquidar las cesantías es necesario que hubiese sido prestado durante la vigencia de la relación laboral, es decir, que estando el trabajador en ejercicio de sus funciones, sea llamado a las filas para ser incorporado.....página 20
- DESIGNACIÓN DE AUXILIAR DE LA JUSTICIA.** La denegación de designar un auxiliar de la justicia intérprete que asista a un ciudadano extranjero en la diligencia de interrogatorio de parte, es apelable porque implícitamente se estaría negando la prueba de confesión.....página 21

SALA CIVIL

**Magistrada ponente:
Doctora MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA**

CONTRATO DE SEGURO - CLÁUSULA CLAIMS MADE. Concepto, características y siniestros que ampara. **CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN.** Culpa asimilable al dolo y dolo.

Síntesis de la Primera Instancia

La Cámara de Comercio de Bogotá, CCB, convocó proceso ordinario a la compañía aseguradora QBE Seguros S.A., para que se declare que entre las partes se celebró un contrato de seguros, cuya vigencia era del 30 de noviembre de 2005 al 30 de noviembre de 2006; que durante su vigencia, se dio aviso a la demandada de una acción popular impuesta en su contra, lo que constituye un reclamo presentado por terceros, que debe ser cubierto por la póliza.

Solicita que se declare que la demandada está obligada a pagarle los honorarios que pactó para la defensa de sus intereses en la acción constitucional, en suma fija de \$135.000.000 y, por concepto de comisión de éxito \$300.000.000, con el correspondiente IVA.

Como supuestos fácticos la CCB expuso que, dentro de las condiciones de la póliza, se estipuló una cláusula relativa a la responsabilidad civil imputable a ella, como consecuencia de errores y omisiones entre otros en: *la administración de registros públicos delegada a las Cámaras de Comercio y la administración de los recursos provenientes de los mismos y la extensión de cobertura para el cálculo y recaudo del impuesto de registro*. Se estableció la condición denominada “Claims made – Base de las indemnizaciones”, que cubre reclamos de terceros presentados por primera vez al asegurado durante la vigencia de la póliza.

Adujo, que también se convino una cláusula indemnizatoria donde se estipuló que *la aseguradora indemnizaría al asegurado, por las sumas que resulte legalmente responsable de pagar, proveniente de un acto negligente, error u omisiones por parte de: a) El asegurado; b) Cualquier director o empleado del asegurado, o c) Cualquier otra persona, personas, socios, firma o compañía actuando en nombre del asegurado*.

Expuso que durante la vigencia de la póliza, la CCB recibió un reclamo representado en una acción popular, fundamentada en que la Cámara eludió el impuesto de registro de que trata la ley 223 de 1995, que ascendía a la suma de \$12.349.461.050,oo, cuando optó por inscribir el acto de liquidación final de la sociedad Luz de Bogotá S.A., sin cuantía, situación con la que afectó los intereses del departamento de Cundinamarca; dado que en caso de prosperar tal acción, la Cámara se vería obligada a cancelar ese monto lo que implica un detrimiento patrimonial significativo como “*resultado de errores y omisiones de la CCB en ejercicio de sus actividades*”.

El Juzgado 27 Civil de Descongestión de Bogotá resolvió negar las pretensiones, consideró que el hecho que generó la reclamación, inscripción del acta que aprobó la cuenta final de la sociedad Luz de Bogotá tuvo ocurrencia el 2 de agosto de 2004 y, no la acción popular que se promovió en el año 2006.

Sentencia de Segunda Instancia.

Declara probada la excepción denominada “*exclusiones*”; confirma la decisión, pero por razones diferentes a las expuestas por el *a quo*. Adicionó la sentencia en el sentido de compulsar copias de lo actuado a la Fiscalía General de la Nación, para que adelante la respectiva investigación penal.

Análisis Temático

Cláusula Clais made. Tras recordar la Sala qué es el contrato de seguro, sus características, estableció que en el presente asunto se trata de un contrato denominado “seguro de responsabilidad civil extracontractual” diseñado para indemnizar a terceros a consecuencia de errores y omisiones cometidos por el asegurado y/o sus empleados en el desempeño de sus actividades y funciones, en el que se incluyó textualmente dentro de sus condiciones la cláusula “Claims made”, a cuyo tenor señala que “Cubre los reclamos de terceros presentados por primera vez con el Asegurado, durante la vigencia de la póliza”.

Cláusula esta que, según los antecedentes de la Ley 389 de 1997 “(...) posibilita que las compañías cubran en este tipo de ramos hechos ocurridos antes del contrato, que produzcan pérdidas que se descubran o reclamaciones que se formulen en la vigencia de la póliza. Igualmente, se permite precisar la cobertura de responsabilidad civil frente a reclamaciones tardías (...)”¹; y que quedó plasmada en su artículo 4º, así: “En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así, las características principales de las cláusulas “claims made” son: *i)* que permite asegurar hechos ocurridos con **anterioridad** a la iniciación del contrato, siempre que la reclamación se haga durante la vigencia del mismo; y *ii)*, la protección automática de dos años con posterioridad a la terminación de la vigencia del contrato de seguro, en el evento en que la cobertura se extienda solo a reclamaciones de daños ocurridos durante la vigencia de la póliza.

Ciertamente uno de los hechos generadores del daño en éste asunto, acción popular, se encuentra amparado por la mencionada Ley 389 al tratarse de un “riesgo de anterioridad”, esto es, que ocurrió antes de la vigencia del contrato y cuya reclamación se efectuó dentro de su vigencia.

Por lo tanto, como una de las características de la cláusula *claims made* es que el siniestro no lo constituye ya el hecho dañoso en sí, sino la reclamación que hace la víctima o tercero damnificado, en este caso la primera reclamación que tuvo la sociedad demandante por el registro del acta de liquidación se configuró con la notificación que

¹ Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia. El contrato y la institución. Asociación Colombiana de corredores de Seguros- Acoldese- Pág.477

de la acción popular se le hiciera el 3 de marzo de 2006, esto es, durante la vigencia de la póliza, la reclamación se encuentra amparada por la mencionada Ley 389 al tratarse de un “riesgo de anterioridad”, esto es, que ocurrió antes de la vigencia del contrato y cuya reclamación se efectuó dentro de su vigencia.

Concluido lo anterior, se procede a establecer si el comportamiento de la Cámara de Comercio puede ser considerado como un error u omisión, pues esas conductas son las que ampara el contrato de seguro.

Para abordar el tema recordó que el impuesto de registro es un gravamen creado por la ley 223 de 1995, cuyo objeto es afectar todos los actos, documentos o contratos que deben registrarse ante las Cámaras de Comercio, destinado exclusivamente a los departamentos y al Distrito Capital y únicamente es recaudado por las Cámaras de Comercio cuando así lo disponga la Asamblea Departamental. La base gravable o valor sobre el cual se aplica la tarifa está constituida *por el valor incorporado en el documento que contiene el acto, contrato o negocio jurídico*.

Para la fecha en que se registró la liquidación final, la Cámara de Comercio contaba con un manual contentivo de los procedimientos para la recepción de los documentos a inscribir en los registros públicos de esa entidad, en el que se hace referencia al acto de “*Liquidación Sociedad Comercial, Civil o E.S.A.D.L.*” que establece la existencia de dos tipos *(i) con cuantía: se determina sobre el valor del remanente; y, (ii) sin cuantía: no hay remanente*”.

Ante la existencia previa del reglamento o manual de recaudo para el impuesto, la Cámara se encontraba facultada para requerir a la sociedad Luz de Bogotá S.A., el documento contentivo del acta final en el cual se incorporara el remanente distribuido por los socios o documento que contuviera ese acto, como en efecto, en principio así se hizo.

Por lo tanto, la inscripción en el registro del acto de liquidación de la sociedad Luz de Bogotá S.A., junto con la distribución del remanente era necesaria, no solo por los efectos jurídicos que esa decisión tiene frente a terceros, sino porque era una regla que tenían que cumplir los funcionarios, según el manual de funciones.

Finalmente quien ordenó la inscripción del acta de liquidación de la sociedad Luz de Bogotá S.A., como un acto sin cuantía fue el doctor Jaime Moya vicepresidente jurídico de esa entidad para los años 2001 a 2005, quien no actuó con error o simple omisión, pues desatendió de manera consciente los antecedentes existentes para la inscripción de la liquidación de sociedades al otorgar un trato discriminatorio al registro del acta de liquidación de dicha sociedad, no obstante existir claridad sobre el tema en la institución del cual era un alto funcionario.

Con ocasión de la demanda – *acción popular*, la Cámara de Comercio indagó la existencia de casos similares y encontró que se dio únicamente en el registro de 7 sociedades, procedimientos que fueron analizados en su momento por el doctor Jaime Moya, quien antes de vincularse con la CCB actuó como abogado de la firma Brigard & Urrutia, como representante de las sociedades Luz de Bogotá S.A. y Enersis - Energía de Colombia S.A., esta última también fue una sociedad a la que se inscribió el acta de liquidación como un acto sin cuantía.

Por lo tanto, si el error, como de antaño lo ha considerado la Corte “(...) es la desconformidad entre la inteligencia y la verdad, debe, para ser error, originarse

de una falsa creencia, o como ya lo expresó la Corte en anterior ocasión, es necesario que aparezca que se tuvo una determinada creencia y que esa creencia no correspondió a esa realidad”², de donde, para la Sala, la conducta del doctor Jaime Moya, frente a la inscripción del acto de liquidación de la sociedad Luz de Bogotá S.A., dista mucho de ser un simple error o una omisión, pues fue premeditada y porque no decirlo interesada. Por ello, de ninguna manera puede contextualizarse como un error de parte de la demandante o sus funcionarios, toda vez que aquél fue tan consciente de su actuar que esa postura la reiteró en los años 2004 a 2005, acto que de por si se considera como deshonesto y de paso constituye una actuación viciada de culpa grave asimilable a dolo, cuya exclusión también se encuentra contemplada en los contratos de seguros constituidos entre la Cámara de Comercio y QBE Seguros S.A.

Al respecto, las pólizas respectivamente, enuncian: “**Exclusión por Culpa grave asimilable a dolo y dolo**” y “**DESHONESTIDAD. c. Proveniente directa o indirectamente de cualquier acto u omisión deshonesto, fraudulento, malintencionado o ilegal del Asegurado**”, exclusiones estas que analizadas en conjunto bien pueden compendiarse bajo el rótulo de la culpa grave asimilable al dolo y dolo.

Sobre esa causal de exclusión, el artículo 1055 del Código de Comercio, al cual remite el inciso final del 1127, contempla a modo de prohibición la “inasegurabilidad” del dolo, lo que tiene su fundamento en la incertidumbre del suceso como uno de los elementos esenciales del seguro, pues permitir la protección frente a la ocurrencia de hechos ilícitos derivados del tomador sería tanto como facilitar su realización. En ese sentido, es indudable de su estipulación expresa, como ocurre en este caso, que la responsabilidad origen del reclamo se deriva de un comportamiento doloso del asegurado, deja sin fundamento cualquier pretensión indemnizatoria frente a quien expide la garantía.

De otro lado, si bien conforme lo prevé el artículo 1516 *ibídem* el dolo debe ser demostrado, salvo en los casos en que lo presume la ley, ello no quiere decir que exista alguna prueba exclusiva para que el fallador llegue al convencimiento de su existencia, por lo que en aplicación del principio de la sana crítica en armonía con los medios de convicción aportados al proceso, el Tribunal sin duda establece su ocurrencia.

Por demás, el hecho que ninguna entidad de control haya encontrado mérito para iniciar una investigación de carácter disciplinario o de responsabilidad fiscal o denuncias penales o auditorias, ello no quiere decir que el actuar de los funcionarios que ordenaron la inscripción pueda presumirse bajo el principio de la buena fe, pues si bien como lo consideró la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca ella “constituye una diferencia de criterio”, lo cierto es que esa misma entidad determinó que el documento donde consta la distribución de remanentes sí constituye un hecho generador del impuesto de registro, y al no haberse recaudado por parte de la demandante se causó un grave detrimiento al Departamento de Cundinamarca que debe, a juicio de la Sala, ser investigado penalmente; no hacerlo, sería aceptar comportamientos poco ortodoxos que dejan impunes graves conductas de quienes deben proteger los intereses del Estado, razón por la cual se ordena la consecuente compulsa de copias para ante la Fiscalía General de la Nación.

² C.S.J. Sala Civil Sent. 2 de diciembre de 1942

Proceso ordinario 110013103 015 2008 00102 02
Cámara de Comercio de Bogotá contra Compañía Aseguradora QBE Seguros S.A.
Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013

Decisión integra publicada en
<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/TRIBUNAL%20SUPERIOR/BOGOTA/SENTENCIAS%20CIVIL/11001310301520080010202.pdf>

.....

Magistrada ponente:
Doctora MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

EXENCIÓN DEL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS. Las cuentas corrientes de los intermediarios del mercado bancario, vigilados por la superintendencia Bancaria o de Valores, a través de las cuales transfieren recursos por compra y venta de divisas se encuentran exentas del GMF, siempre que identifiquen a los establecimientos de bancarios las cuentas corrientes de uso exclusivo para compra y venta de divisas.

.....
Síntesis de la Primera Instancia

Titan Intercontinental S.A. convoca a juicio al Banco de Occidente S.A., para que se declare su responsabilidad civil extracontractual por la retención indebida del gravamen a los movimientos financieros –GMF- que aplicó a sus cuentas corrientes durante los años 2001 a 2003 cada vez que disponía de recursos para cancelar las operaciones de cambio internacional a los beneficiarios finales; que como consecuencia de lo anterior se le condene al pago y devolución de \$5.664.308.586,77, por concepto de daño emergente, con su correspondiente indexación y los intereses bancarios corrientes.

Como sustento de sus pretensiones, adujo que entre los años 2001 a 2003 como empresa dedicada exclusivamente a la realización de operaciones de cambio internacional utilizó los recursos de sus cuentas corrientes para el pago de esas operaciones a sus beneficiarios finales y sobre ellas el banco demandado efectuó la retención al Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF- sin que se causara, en razón a que actuaba como simple intermediario cambiario; y que la entidad bancaria le negó el reembolso de tales retenciones.

El Juzgado 32 Civil del Circuito Piloto de Oralidad resolvió negar las pretensiones, declaró próspera la excepción de “*interpretación indebida del decreto 405 de 2001*” y “*peticIÓN indebida*”, consideró que la demandante no informó a la entidad financiera cuales eran las cuentas que utilizaba de manera exclusiva para la compra y venta de divisas; no se demostró que las retenciones no fueran procedentes.

Sentencia de Segunda Instancia.

Confirma la decisión.

Análisis Temático

Problema jurídico a resolver. Establecer si el Gravamen a Movimientos Financieros que aplicó el banco demandado a las cuentas corrientes del demandante, resultó o no ajustado a la normatividad que regula ese tributo.

El artículo 19 del Decreto 405 de 2001 (modificado por el artículo 3 del Decreto 518 de 2001) regula lo relativo a la exención en la compraventa de divisas, señala que *cuando se realice la transferencia de recursos por compra y venta de divisas efectuadas entre intermediarios del mercado cambiario, vigilados por la Superintendencia Bancaria o de Valores, se considera exenta la transferencia ordenada por la entidad respectiva al banco comercial con el cual opera, del dinero de su cuenta corriente a la cuenta de depósito y la transferencia a través del sistema Sebra del dinero a la cuenta de depósito de la entidad financiera vendedora, así como la transferencia que ésta realice a su cuenta corriente.*

Para hacer efectiva la exención al GMF se requiere: Que se trate de operaciones realizadas entre intermediarios del mercado cambiario vigilados por las Superintendencias Bancaria o de Valores, el Banco de la República y la Dirección del Tesoro Nacional e identificar a los establecimientos de crédito respectivos, las cuentas corrientes de uso exclusivo de las operaciones de compra y venta de divisas.

Por su parte, el artículo 871 del Estatuto Tributario entre otros aspectos indica cuál es el hecho generador del Gravamen a Movimientos Financieros al referir que éste “*lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia*”.

A su vez el artículo 879 numeral 12 del mismo Estatuto, prevé como transacciones exentas de ese tributo a: “*(...) 12. Las operaciones de compra y venta de divisas efectuadas a través de cuentas de depósito del Banco de la República o de cuentas corrientes, realizadas entre intermediarios del mercado cambiario vigilados por las Superintendencias Bancaria o de Valores, el Banco de la República y la Dirección del Tesoro Nacional.*

Las cuentas corrientes a que se refiere el anterior inciso deberán ser de utilización exclusiva para la compra y venta de divisas entre los intermediarios del mercado cambiario”.

Las sociedades de intermediación cambiaria de servicios financieros especiales, antes denominadas casas de cambio, cuya calidad ostenta la demandante, actúan como intermediarios del mercado cambiario y son vigiladas por la Superintendencia Financiera. Así mismo, que sus transacciones en virtud de las cuales envían o reciben giros en moneda extranjera que generalmente entregan en moneda nacional generan una operación de compra y venta de divisas.

Esa actividad económica desarrollada en el ejercicio del objeto social de las casas de cambio, por el hecho de captar recursos de capital está sometida al gravamen a los movimientos financieros comúnmente denominado 4 por mil, en virtud a que esta operación implica disposición de recursos en los términos del citado artículo 871 del Estatuto Tributario, sin que pueda considerarse como exenta de ese tributo.

Desde esa perspectiva, por expresa disposición legal es deber de las entidades encargadas de esa función, identificar o marcar en la entidad de crédito la

cuenta corriente o de ahorros donde de forma exclusiva manejen recursos para el pago en moneda nacional de giros recibidos en divisas, con el fin de que los retiros que se efectúen con ese único propósito sean exonerados del gravamen a los movimientos financieros en cabeza del intermediario cambiario, pues no de otra manera el retenedor puede tener certeza de las cuentas en las que se efectúan esa clase de movimientos, porque sobre ello no hay presunción, por cuanto la apertura de una cuenta corriente no presupone la exención al GMF, máxime que por disposición legal es forzosa la manifestación que por escrito debe elevar el operador cambiario ante el banco.

Y esa actitud que deben asumir las sociedades de intermediación cambiaria no solo ha sido objeto de múltiples conceptos por parte de la DIAN, sino que el legislador con el Decreto 405 de 2001 reguló ese aspecto al disponer que para la compra y venta de divisas entre intermediarios del mercado cambiario vigilados, condición que presume la demandante, éstas debían identificar a las entidades bancarias las cuentas de uso exclusivo para ese fin.

Sobre el particular la DIAN, como destinatario final del grávamen, en el concepto 074370 del 19 de noviembre de 2003, señaló:

"(...) -La Casa de Cambio, como intermediario del mercado cambiario, debe marcar una cuenta en la entidad financiera en donde exclusivamente se manejen recursos para el pago de giros provenientes del exterior.

-Al tener marcada la cuenta y al señalar el artículo anotado que se considera una sola operación hasta el pago al titular de la operación cambiaria, no se causa el Gravamen a los Movimientos Financieros en cabeza de la Casa de Cambio cuando retira de la entidad de crédito con el fin de pagar en efectivo al beneficiario.

-La Casa de Cambio por ser agente retenedor debe efectuar la retención del GMF cuando entregue al beneficiario el efectivo.

De lo anterior se desprende que el Gravamen a los Movimientos Financieros en las operaciones de giros provenientes del exterior se causa en cabeza del beneficiario del giro en el momento de la entrega en efectivo, 'siempre y cuando la Casa de Cambio marque la cuenta en la entidad financiera en la cual solo se manejen recursos por dicha actividad (...)".

En consideración a lo anterior, para que una cuenta corriente bancaria (o de ahorros) de un intermediario cambiario se beneficie de la exención del GMF, es indispensable que la casa de cambio, comunique a la entidad financiera donde abrió la respectiva cuenta y especifique que su destinación será de uso exclusivo para ese propósito (compra y venta de divisas), y esto no ocurrió en el presente asunto. Además, tampoco acreditó que durante ese mismo tiempo, el demandante como agente retenedor, hubiese efectuado al beneficiario final la retención del G.M.F.

Así las cosas, las transacciones bancarias aludidas en la demanda se efectuaron en una fecha para la cual no se había hecho efectiva la exención del GMF frente a la cuenta corriente bancaria (pues para esa época la demandante no había informado sobre tal circunstancia al Banco de Occidente), toda vez que ello lo hizo solo hasta el 2004, de donde se colige que esas transferencias eran pasibles de gravarse con el tributo a que se ha hecho alusión.

Proceso ordinario 110013103 032 2010 00637 02
Titán intercontinental S.A. contra Banco de Occidente S.A.
Sentencia de fecha 15 de julio de 2013

Decisión publicada en
<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/TRIBUNAL%20SUPERIOR/BOGOTA/SENTENCIAS%20CIVIL/11001310303220100063702.pdf>

.....

**Magistrada ponente:
Doctora MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA**

ACCIÓN REVOCATORIA EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA. Los acreedores de las sociedades en reorganización, tienen legitimación para ejercer esta acción, sin tener en cuenta la fecha en la que adquirió el crédito. La legitimación por pasiva la ostentan las sociedades que se encuentren en proceso de liquidación y no terceras que intervinieron en el acto que se pretende revocar.

.....
Síntesis de la Primera Instancia

Aurora Díaz de Álvarez en ejercicio de la acción revocatoria a la que hace alusión el artículo 74 de la ley 1116 de 2006, promovió demanda abreviada contra Laboratorios California S.A., Compañía California S.A., Memphis S.A. todas en reorganización y la sociedad Margone S.A. con el fin de que se revoque la “*cesión de dineros*”; notificadas, presentaron las excepciones de “*falta de legitimación en la causa por activa*” y “*no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario*”.

La Superintendente delegada para los procedimientos mercantiles declaró no probados tales medios exceptivos, tras considerar en primer lugar que, la acción revocatoria pretende que aquellos activos que salieron de la prenda general de acreedores regresen a ella y sean fuente de pago de obligaciones que forman parte del acuerdo de reorganización, sin importar el monto ni fecha constitución de éstas, toda vez que busca reunir la cantidad de bienes suficientes que permitan el pago de los créditos, de ahí que tal acción podrá invocarla “*cualquiera de los perjudicados sin importar que su condición de acreedor sea anterior al acto jurídico que se pretende revocar*”.

De otro lado, respecto al “*litisconsorcio necesario*” señaló que a pesar de que Laboratorios California S.A., Compañía California S.A., y Memphis S.A. hacen parte de la Unión temporal “*ALFARES*”, situación que no implica no implicar que deba citarse a las demás compañías que hicieron parte de la misma, toda vez que esta acción sólo puede enfilarse contra aquellas sociedades que fueron aceptadas a reorganización empresarial, por lo que vincular a quienes no ostentan tal calidad, implicaría ir en contra de los postulados de la referida demanda.

Auto de Segunda Instancia

Confirma la decisión.

Análisis Temático

La acción revocatoria. De acuerdo con el artículo 74 de la ley 1116 de 2006, el propósito de esta acción , es el de deshacer aquellos actos realizados por el deudor cuando los mismos “*hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos...*”, finalidad cuyo fundamento radica en la protección de la “*pars conditio creditorum*”, en aras de mantener incólume el patrimonio de aquél como prenda común de los acreedores, de tal suerte que será labor del Juez del concurso revisar los negocios realizados en una situación de crisis económica con los que se redujo de manera ostensible la capacidad económica (período de sospecha), en desmedro de sus obligaciones.

En el mismo sentido, respecto a los elementos de dicha acción, la doctrina ha señalado que para la prosperidad de ésta, debe acreditarse el “*eventus damni*”, que guarda relación con el perjuicio a los acreedores, que “*consiste en el acto que se ataca determinó o agravó la insolvencia patrimonial del deudor, entendida como el equilibrio entre el activo y el pasivo*”³, pues precisamente se busca determinar si con el negocio realizado, las empresas en liquidación pretendían que el referido deudor no entrara al concurso, en contravía del principio de universalidad; y el “*consilium fraudis*”, el cual consiste en la “*realización de la operación en el período de sospecha, por tanto el conocimiento de la mala situación de los negocios del deudor*”, de ahí que no sea necesario demostrar si lo hizo con intención de perjudicar a su acreedores, solamente se requiere acreditar que el acto se haya celebrado en el período de sospecha.

Ahora, en el *sub lite*, es preciso indicar que el 10 de noviembre de 2008 la Superintendencia de Sociedades admitió a las empresas demandadas al proceso de reorganización, en el que a través de los autos graduación y calificación de créditos de 25 de agosto de 2009 se reconocieron las obligaciones a favor de Copy Plus Ltda., las que fueron cedidas a la acá demandante, los días 5 de octubre y 3 de julio de 2009. Y es con fundamento en la posterioridad de esa cesión, que las demandadas aseguran que, en virtud del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, la actora no tiene la facultad para impugnar el contrato de “*cesión de dineros*” que realizó la Unión Temporal Alfagres, de la cual aquellas hicieron parte, a la sociedad Margone S.A., por cuanto, esa potestad sólo la podían ejercer las empresas cedentes.

No obstante, tal argumento no es suficiente para revocar la providencia objeto de censura; en efecto, acá ha de verse que con la impugnación del referido negocio jurídico, se busca reintegrar el patrimonio del deudor, en aras de no perjudicar las prerrogativas de los acreedores, sin que el legislador haya establecido de manera expresa una excepción que les imposibilite invocar esta acción a quienes adquirieron de manera posterior un derecho reconocido en la evocada calificación de créditos dentro del comentado trámite liquidatorio, pues aceptar dicha tesis no sólo iría en contra de la naturaleza de esta acción, sino también de los postulados de la cesión de derechos, al respecto nótese que en su calidad de cesionaria la acá demandante puede hacer uso de las mismas prerrogativas con las que contaban las compañías cedentes en virtud de lo estatuido en el artículo 1959 y siguientes del Código Civil, en consonancia con lo previsto en el artículo 28⁴ de la Ley 1116 de 2006.

³Isaza Upegui, Álvaro, Londoño Restrepo, Álvaro, Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial, Ley 1116 de 2006 Ed. Legis. 2007 pág.

⁴ Art. 28 “*La subrogación legal o cesión de créditos traspasan al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios y accesorios en los términos del artículo 1670 del Código Civil. El adquirente de la respectiva acreencia será titular también de los votos correspondientes a ella*”.

De otro lado, respecto a la falta del “*litisconsorcio necesario*” este Despacho no comparte la tesis expuesta por la apelante, respecto a la necesidad de vincular a las sociedades que hacen parte de la Unión Temporal “ALFARES”, habida cuenta que, como en su oportunidad lo expuso la Superintendente delegada para los procedimientos mercantiles, dicha acción sólo puede ir dirigida contra las empresas que se encuentren en proceso de liquidación conforme lo prevé el precitado artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, ahora, pretender que se vinculen a esas compañías por el simple hecho de pertenecer a la referida unión, se convertiría en un despropósito para cumplir con el objetivo por el cual se instituyó la comentada acción, pues la misma solo se circunscribe a los “*actos o negocios realizados por el deudor*”.

Y es que a pesar de que la demanda pueda dirigirse contra “*terceros*”, que resulten beneficiados ello, no es suficiente para que se logre citar a las demás sociedades, quienes, hasta el momento, no se encuentran reguladas por el citado régimen, por lo que mal haría el Juez en convocarlas al referido pleito, no sólo porque se extralimitaría en sus competencias, sino también porque, atendiendo la naturaleza del asunto, es posible resolver la controversia sin la comparecencia de todos los integrantes de la unión temporal.

Proceso abreviado 110013103 0120102458504
Aurora Díaz de Álvarez contra Laboratorios California S.A. y otros
Auto de fecha 19 de junio de 2013

Decisión integra publicada en
<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/TRIBUNAL%20SUPERIOR/BOGOTA/SENTENCIAS%20CIVIL/1100131030120102458504.pdf>

SALA LABORAL

Magistrada ponente:
Doctora MARÍA DEL CARMÉN CHAÍN LÓPEZ

ACCIÓN DE REINTEGRO POR FUERO CIRCUNSTANCIAL. Requisitos. Previó a establecerse si existió justa causa de despido, se debe verificar si quien pretende hacer efectiva la garantía foral es miembro de la asociación sindical que presentó el pliego de peticiones o si fue presentado por un grupo de trabajadores no sindicalizados, acreditar que pertenece a dicho grupo.

Síntesis de la Primera Instancia

Carlos Leonardo Salamanca Tovar convocó a juicio al Banco Popular S.A., para que sea reintegrado al cargo del cual fue despedido desde el 21 de noviembre de 2011.

En sustento de su pretensión afirmó que fue retirado sin justa debidamente comprobada mientras estaba amparado por fuero circunstancial, debido a que el Sindicato Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNEB” presentó pliego de peticiones al Banco Popular el 7 de octubre de 2011 y como resultado se suscribió una convención colectiva el 1º de diciembre del mismo año.

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá absolvio a la demandada, en razón a que encontró acreditada la justa causa de despido.

Decisión de la Segunda Instancia

Confirma la decisión pero por razones diferentes a las expuestas por el *a quo*.

Análisis Temático

Fuero Circunstancial. Para definir si un trabajador está amparado con esta protección y, por ello, deba ordenarse su reintegro, deberá establecerse: i) si se presentó el pliego de peticiones, ii) si el trabajador hacía parte del grupo que presentó el pliego, iii) si se generó el conflicto colectivo, iv) si el despido ocurrió entre la fecha de presentación del pliego y el arreglo del conflicto, y v) si el trabajador fue despedido sin justa causa comprobada.

El primero de los requisitos se encontró debidamente acreditado, respecto del segundo, si el demandante estaba, o no, en el grupo de trabajadores que presentó dicho pliego, la sala con fundamento en lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias radicación 20155 del 28 de agosto de 2006 y 29288 del 2 de octubre de 2007, concluyó que para acceder a la protección foral establecida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, el trabajador debe acreditar alguna de estas dos situaciones: i) si el pliego fue presentado por el sindicato, debe acreditar que pertenece a dicha organización, o ii)

si fue presentado por un grupo de trabajadores no sindicalizados, debe acreditar que pertenece a dicho grupo.

En el presente caso el pliego de peticiones fue presentado por la organización sindical Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNEB” y, revisado el material aportado al proceso no se encontró una sola prueba de que el actor fuera miembro de la organización sindical, hecho que lo excluye del grupo de beneficiarios de la garantía foral; en consecuencia, y sin importar si el despido del demandante obedeció, o no, a una justa causa, su reintegro es improcedente.

Proceso ordinario 11001310501820120008101
Carlos Leonardo Salamanca Tovar contra Banco Popular S.A.
Sentencia de fecha 8 de octubre de 2013

El audio de la providencia integra se ubica en la relatoría del Tribunal.

.....
Magistrada ponente:
Doctora MARÍA DEL CARMÉN CHAÍN LÓPEZ

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR EXPOSICIÓN A SUSTANCIAS CANCERÍGENAS. Demostrado que el trabajador estuvo expuesto a sustancias cancerígenas por el número de semanas señaladas por la ley y acreditados los demás requisitos se obtiene el derecho a la pensión especial; la falta de cotizaciones adicionales a cargo del empleador, no es óbice para su reconocimiento, no es una omisión atribuible al trabajador.

.....
Síntesis de la Primera Instancia

Joaquín Peñuela Sánchez convocó a juicio al Instituto de Seguros Sociales para que se condene al pago de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, a partir del 11 de enero de 2000.

En sustento de sus pretensiones afirmó que nació el 11 de enero de 1955, cotizó 1712 semanas para el Régimen de Prima Media, laboró en Cristalería Peldar S.A. entre el 1º de enero de 1974 y el 15 de octubre de 2009 expuesto a sustancias empleadas en la fabricación de vidrios que, según diferentes estudios científicos realizados por la Universidad Nacional de Colombia, la Cristalería Peldar OI y el Instituto de Seguros Sociales, son comprobadamente cancerígenas.

Indicó que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo tanto, en cumplimiento de los artículos 15 y 20 del Decreto 758 de 1990 tiene derecho a la pensión especial de vejez.

Por solicitud de la apoderada del ISS, el juez de conocimiento integró la litis con CRISTALERÍA PELDAR S.A. quien se opuso a las pretensiones.

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a partir del 1º de noviembre de 2009; condenó a CRISTALERÍA PELDAR OI S.A. a pagar a COLPENSIONES el monto de la cotización especial y adicional del 6% a favor el demandante, a partir del 23 de junio de 1994 y hasta el 14 de mayo de 2000.

Sentencia de la Segunda Instancia

Confirma la decisión.

Análisis Temático

Pensión Especial de Vejez por exposición a sustancias cancerígenas. En el presente caso se estudió la prestación bajo el artículo 15 de Decreto 758 de 1990, porque aunque la norma vigente en materia de pensiones especiales es el Decreto 2090 de 2003, ésta no se aplica en este caso porque el actor al momento de expedirse el Decreto 1281 de 1994 norma que regulaba antes pensiones especiales, se benefició del régimen de transición del artículo 8º del Decreto 1281 que permite remitirse al Decreto 758 de 1990 que en su artículo 15 dispone:

“ARTÍCULO 15. PENSIONES DE VEJEZ ESPECIALES. La edad para el derecho a la pensión de vejez de los trabajadores que a continuación se relacionan, se disminuirán en un (1) año por cada cincuenta (50) semanas de cotización acreditadas con posterioridad a las primeras setecientas cincuenta (750) semanas cotizadas en forma continua o discontinua en la misma actividad:

(...)

d) Trabajadores expuestos o que operen sustancias comprobadamente cancerígenas.”

Además de lo anterior, y aunque el actor es beneficiario por transición, del Decreto 758 de 1990 norma que no exige cotizaciones especiales, es necesario precisar que éste solo es aplicable para la densidad de semanas y la edad exigida para acceder a la pensión, pero no lo releva de hacer las cotizaciones especiales de 6 puntos adicionales a cargo del empleador, que fueron dispuestas a partir del 22 de junio de 1994 con la expedición del Decreto 1281 de 1994, y de los 10 puntos adicionales a cargo del empleador, a partir del 26 de julio de 2003 con la expedición del Decreto 2090 de 2003.

Conforme la Historia Ocupacional, el demandante se desempeñó en el área de “Selección de Envases” entre el 7 de enero de 1974 y el 14 de mayo de 2000, y en el área de “Formación de Envases” desde el 15 de mayo de 2000 hasta el 15 de octubre de 2009 último período en el que estuvo expuesto al calor, y por el cual su empleador efectuó las cotizaciones especiales al Sistema de Pensiones.

Para determinar si también debía efectuar cotizaciones especiales por el período en que se desempeñó en el área de “Selección de Envases”, la Sala examinó el material probatorio aportado del que concluyó que el demandante, durante su trabajo personal en Cristalería Peldar O.I. se expuso a un ambiente contaminado por asbestos, sustancia cancerígena que se expande a través del polvo; y aunque no tuvo contacto directo, sí estuvo expuesto a dicha sustancia en las áreas donde realizó sus funciones, porque este

elemento químico permanece en el ambiente desde el momento del transporte de la materia prima, hasta la fabricación del producto, por ello es que PELDAR S.A. debió efectuar los aportes adicionales al sistema de pensiones, no solo durante los últimos 9 años de vigencia de la relación laboral, sino sobre la totalidad.

Aunque 9 años de cotizaciones especiales no son suficientes para acceder a la pensión reclamada, la Sala no desconoce que el actor se desempeñó por más de 30 años en este mismo tipo de actividades. Lo que sucede es que previo a la entrada en vigencia del Decreto 1281 de 1994 no era obligatorio efectuar cotizaciones adicionales, y de otra parte, la falta de las cotizaciones especiales, a partir del 22 de junio de 1994 y hasta el 14 de mayo de 2000, no es una omisión atribuible al demandante. Y como debe descontarse un año de edad por cada grupo de 50 semanas adicionales a las 750 primeras semanas, el actor hubiera podido acceder a la pensión especial desde el 11 de enero de 2000 fecha en que cumplió 45 años de edad, dado que tiene 934 semanas adicionales a las primeras 750 semanas; sin embargo, conforme al artículo 13 del Decreto 758 de 1990 el disfrute de la pensión está condicionado, no solo al cumplimiento de los requisitos, sino al retiro efectivo del sistema, el que se dio hasta el 31 de octubre de 2009, fue acertada la decisión del juez cuando la concedió a partir del 1º de noviembre del mismo año.

Proceso ordinario 11001310502920120036901
Pedro Joaquín Peñuela Sánchez contra Colpensiones
Sentencia de fecha 17 de septiembre de 2013

El audio de la providencia integra se ubica en la relatoría del Tribunal.

.....
Magistrada ponente
Doctora MARÍA DEL CARMÉN CHAÍN LÓPEZ

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Requisitos para la cónyuge y la compañera permanente de acuerdo con el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003. **BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN MENOR DE 30 AÑOS.** Se concede pensión de manera temporal por el término máximo de 20 años.

.....
Síntesis de la Primera Instancia

Dora Isabel Duarte Inocencio convocó a juicio a la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E en liquidación, para que se condene a reconocer la pensión de sobrevivientes en un 50% por el fallecimiento de su esposo de forma retroactiva desde el 24 de junio de 2008 fecha de la muerte de éste.

En sustento de sus pretensiones manifestó que, el 10 de noviembre de 1995 contrajo matrimonio con Ricardo Madero Puerto, que de dicha unión nació Nicolás Madero Duarte el 13 de enero de 1996; que convivieron de manera ininterrumpida desde el 10 de noviembre de 1995 hasta el 23 de junio de 2008 día de fallecimiento de su cónyuge. La demandada le reconoció a su hijo la pensión de sobrevivientes en un

50% y dejó en suspenso el otro 50%, dado que Yuri Alejandra Poveda Fuentes se presentó a reclamar igual derecho.

Se integró el contradictorio con Yuri Alejandra Poveda Fuentes, quien formuló demanda de reconvención para que se declare que tiene el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; pues manifestó que fue ella la que convivió con el causante los últimos 7 años.

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá condenó a reconocer y pagar a Nicolás Madero Duarte el 50% de la pensión de sobrevivientes que se encontraba en suspenso. Decisión que fue apelada por la cónyuge supérstite y la compañera permanente.

Sentencia de la Segunda Instancia

Revocó la sentencia, en su lugar condenó a reconocer y pagar el 50% de la pensión de sobrevivientes que se encuentra en suspenso, a Yuri Alejandra Poveda Fuentes.

Análisis Temático

Problema jurídico. Establecer si Dora Isabel Inocencio o Yuri Alexandra Poveda Fuentes acreditan los requisitos para acceder al 50% de la pensión de sobrevivientes.

Para resolver, la sala trae la norma vigente a la fecha del fallecimiento del pensionado, 24 de junio de 2008, que es el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003.

Como requisitos para acceder a la pensión reclamada, respecto de la cónyuge son, i) la calidad de cónyuge sobreviviente, ii) la convivencia por no menos de cinco años en cualquier tiempo, y respecto de la compañera permanente son, i) la existencia de una vida marital con el causante hasta su muerte, y ii) que dicha vida marital fuera por no menos de cinco años con anterioridad a su muerte.

En relación con Dora Isabel Inocencio se acreditó la calidad de cónyuge con el registro civil de matrimonio, en el consta que contrajo matrimonio con el causante el 20 de noviembre de 1995 sin embargo, los diferentes medios de prueba permiten concluir que convivió con el causante solo hasta el año 1998, es decir no se cumplió el segundo requisito legal para acceder a la pensión.

Respecto de Yuri Alejandra Poveda Fuentes, la prueba documental como carné de afiliación de la EPS en el que figura como afiliada desde el 30 de enero de 2003; declaración extraproceso de fecha 4 de febrero de 2008 en la que el causante junto con ella manifestaron que viven en unión libre y bajo el mismo techo hace 6 años y, las declaraciones de los testigos, ofrecen el convencimiento suficiente para establecer que acredita los requisitos para acceder a lo pedido. Está probado que mantuvo una relación con el causante desde el año 2001, y que convivió con él en calidad de compañera permanente hasta el momento de su muerte, y que su convivencia fue superior a 5 años y, por lo menos, a partir del año 2003.

Cabe señalar que Yury Alejandra Poveda Fuentes tenía 27 años de edad al momento del fallecimiento del causante, según el Registro Civil de Nacimiento nació el 2 de octubre de 1980, por lo tanto, como no tiene 30 años de edad al mencionado momento, se concede, de manera temporal, el 50% de la pensión de sobreviviente que se encontraba en suspenso, a partir del 24 de junio de 2008 y por el término máximo de veinte años, por así disponerlo expresamente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de que su derecho acreciente cuando Nicolás Madero Duarte cumpla la mayoría de edad o, en su defecto, los veinticinco años.

Proceso ordinario 110013105001020120033201
Dora Isabel duarte Inocencio contra Cajanal EICE en liquidación
Sentencia de fecha 8 de octubre de 2013

El audio de la providencia integra se ubica en la relatoría del Tribunal.

.....

**Magistrada ponente:
Doctora MARÍA DEL CARMÉN CHAÍN LÓPEZ**

PENSIÓN DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMÚN. El requisito de fidelidad introducido por el artículo 1º de la ley 860 de 2003 que fue declarado inexequible mediante la sentencia C-428 de 2009, no debe exigirse aunque el estado de invalidez se haya estructurado en su vigencia. Como requisitos se debe acreditar: **i)** que padece un estado de invalidez y **ii)** que cotizó 50 semanas durante los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

.....
Síntesis de la Primera Instancia

Edilberto Ramírez Arias convocó a juicio a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías para que se condene al pago de la pensión de invalidez por riesgo común a partir del 7 de noviembre de 2008, ajustes anuales e intereses moratorios.

En sustento de sus pretensiones afirmó que un equipo interdisciplinario de calificación de invalidez perteneciente a Mafre S.A. Compañía de Seguros de Vida, le dictaminó una pérdida de capacidad laboral de 66.20%, con fecha de estructuración 7 de noviembre de 2008. Agregó que la demandada le denegó la prestación porque no cumplía las exigencias del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que reformó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

La demandada contestó que el demandante no cumple con el requisito de fidelidad al sistema vigente al momento de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral, como tampoco el mínimo de semanas cotizadas, dado que no cotizó oportunamente el periodo de noviembre de 2011.

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá condenó al pago de la pensión de invalidez a partir del 7 de noviembre de 2008; condenó a la llamada en garantía al pago de la suma adicional requerida para financiar la pensión.

Sentencia de la Segunda Instancia

Confirma la decisión.

Análisis Temático

Pensión de Invalidez. El artículo 39 de la Ley 100 de 1993 reformado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que es la norma aplicable por encontrarse vigente a la fecha de estructuración de la invalidez del demandante el 7 de noviembre de 2008, dispone:

“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidez causada por enfermedad:* Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

2. *Invalidez causada por accidente:* Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

Precisa la Sala que la Corte Constitucional mediante la **Sentencia C-428 de 2009** declaró inexequible los apartes de los numerales 1º y 2º del artículo transcrto, en los que se establecía el requisito de fidelidad de cotización para con el sistema. De otra parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 20 de junio de 2012 radicado 42540 cambió de criterio, para darle prelación al principio de progresividad, y a la prohibición de la regresividad de los derechos sociales; este criterio fue reiterado, entre otras, en las sentencias de 8 de mayo y 1º de agosto de 2012, radicados 35319 y 41043.

Entonces, cuando un afiliado pretenda la pensión de invalidez de origen común, sólo debe acreditar **i)** que padece un estado de invalidez y **ii)** que cotizó 50 semanas durante los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Respecto del primer requisito, no hubo discusión sobre el hecho que el 7 de noviembre de 2008 el actor estructuró una pérdida de capacidad laboral del 66,20%; respecto de los períodos cotizados al fondo de pensiones obligatorias, el demandante tenía cotizadas 53.77 semanas al Sistema de Pensiones, de manera que sí tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común.

En cuanto a la cotización extemporánea de un período, la Sala precisa que es obligación legal de las administradoras de pensiones, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, conforme al artículo 24 de la Ley 100 de 1993; de otra parte, el riesgo que se contrata con ellas, no está condicionado al pago real o recaudo efectivo de las cotizaciones, porque, si así fuera, ello iría en

perjuicio del trabajador afiliado o de sus beneficiarios; en este sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 26 de agosto de 2008 radicado 31063, y recientemente el 6 de febrero de 2013 radicado 45173.

Proceso ordinario 11001310501520110073401
Edilberto Ramírez Arias contra AFP ColfondoS S.A.
Sentencia de fecha 6 de agosto de 2013

El audio de la providencia integra se ubica en la relatoría del Tribunal.

.....

**Magistrada ponente:
Doctora MARÍA DEL CARMÉN CHAÍN LÓPEZ**

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. Para que éste pueda ser computado a efectos de liquidar las cesantías es necesario que hubiese sido prestado durante la vigencia de la relación laboral, es decir, que estando el trabajador en ejercicio de sus funciones, sea llamado a las filas para ser incorporado.

.....

Síntesis de la Primera Instancia

Carlos Manuel López Camargo convocó a juicio a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. para que se condene a la reliquidación y pago del auxilio de cesantía por inclusión del servicio militar obligatorio prestado.

En sustento de sus pretensiones afirmó que prestó sus servicios a la entidad demandada desde el 2 de octubre de 1991 hasta el 25 de noviembre de 2009; que para el cálculo del auxilio de cesantía no se le incluyó el tiempo prestado por servicio militar obligatorio conforme lo dispone el artículo 40 de la Ley 48 de 1993.

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá absolió de las pretensiones, consideró que el demandante prestó el servicio militar obligatorio entre el 24 de mayo de 1974 y el 30 de mayo de 1973, es decir, por fuera de la relación laboral.

Sentencia de la Segunda Instancia

Confirma la decisión.

Análisis Temático

Servicio Militar Obligatorio y el Auxilio de Cesantía. La Sala determinó si es viable, o no, tener en cuenta el servicio militar obligatorio para calcular la reliquidación de la cesantía, para lo cual trajo a colación el artículo 40 de la Ley 48 de 1993 y el artículo 255 del C. S. del T.; el primero contempla el derecho que tiene todo colombiano que haya prestado el servicio militar a que se le compute el tiempo de servicio militar obligatorio para calcular el auxilio de cesantía, en las entidades del

Estado de cualquier orden (aplicable a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales), el segundo, el derecho que tiene todo trabajador a que se le liquide y pague parcial o definitivamente el auxilio de cesantía sin que se entienda extinguido el contrato de trabajo, conforme al ordinal 5º del artículo 51 ibídem, cuando entre a prestar servicio militar por llamamiento ordinario o por convocatoria de reservas (trabajadores particulares).

En el presente caso el demandante prestó el servicio militar obligatorio entre el 24 de mayo de 1971 y el 30 de mayo de 1973, y como lo hizo con anterioridad a la vigencia de la relación laboral que tuvo con la entidad, no es posible tenerlo en cuenta para calcular una eventual reliquidación de su cesantía. Es que para computar el servicio militar obligatorio es necesario que fuera prestado durante la vigencia de la relación laboral, es decir, que estando el trabajador en ejercicio de sus funciones, sea llamado a las filas para ser incorporado, y así lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias radicados 28028 de 15 de agosto de 2006, 33660 de 25 de noviembre de 2008, 42383 de 2 de mayo de 2012 y 39463 de 6 de marzo de 2013.

Proceso ordinario 11001310502320130017201
Carlos Manuel López Camargo contra Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá
Sentencia de fecha 15 de octubre de 2013

El audio de la providencia integra se ubica en la relatoría del Tribunal.

.....
**Magistrada ponente:
Doctora MARÍA DEL CARMÉN CHAÍN LÓPEZ**

DESIGNACIÓN DE AUXILIAR DE LA JUSTICIA. La denegación de designar un auxiliar de la justicia “intérprete” que asista a un ciudadano extranjero en la diligencia de interrogatorio de parte, es apelable porque implícitamente se estaría negando la prueba de confesión. Se ordena su designación.

.....
Síntesis de la Primera Instancia

Julián Andrés Quintana Sánchez demandó a Li Yuan Hong para que se condene al pago de las prestaciones sociales. Durante el trámite de la audiencia establecida en el artículo 77 del C.P. del T., el apoderado judicial de la demandada solicitó que se designara a su representada un auxiliar de la justicia en calidad de intérprete para que pudiera absolver el interrogatorio de parte solicitado por el demandante.

La jueza de conocimiento negó la designación, consideró que no era necesaria toda vez que en los diálogos conciliatorios la demandada pudo expresarse y entender el idioma español, aunque afirma que no lo hizo con mucha facilidad.

El apoderado judicial de la demandada apeló de la decisión, argumentó que la técnica del interrogatorio de parte exige la designación de un auxiliar de la justicia que permita traducirle a su representada las preguntas que le sean formuladas, y que si bien ésta trata de expresarse en español, en ocasiones no lo hace de manera clara al punto que debe acudirse a terceros para lograr entender lo que dice.

Decisión de la Segunda Instancia

Revoca la decisión.

Análisis Temático

De la procedencia del recurso de apelación contra la decisión. Al haberse negado la designación de un auxiliar de la justicia para la práctica del interrogatorio de parte, se estaría negando implícitamente la recaudación de la prueba de confesión, en este orden considera la sala que el auto recurrido se encuentra entre los expresamente enlistados como susceptibles del recurso de apelación.

De la designación del intérprete. En el proceso se encontró demostrado que la demandada es una ciudadana de la República Popular de China, residente en Colombia de manera que el castellano no corresponde a su lengua nativa y, por lo tanto, esto le dificultaría la práctica del interrogatorio de parte decretado.

La juez de conocimiento consideró que no era necesario designar un intérprete, porque, a su juicio, la demandada logra darse a entender y, a su vez, entiende lo que se le expresa, no obstante, agregó, que percibe que la demandada no habla con facilidad el idioma castellano, y entonces se ofrece para colaborar en el esclarecimiento de las preguntas que se le formulen.

En este punto, se precisa que una cosa es que el juez dé las explicaciones pertinentes cuando, en la práctica de un interrogatorio de parte, la pregunta no sea clara o no esté bien formulada, y otra cosa es que el juez explique el contexto de las palabras, frases u oraciones contenidas en una pregunta determinada, a una persona de la que, se sabe, no domina como primera lengua el castellano.

Así, la decisión de negar la designación de un intérprete, constituye una restricción de carácter subjetivo, que riñe con el principio de imparcialidad que debe imperar en todas las actuaciones judiciales, porque no se puede suponer que por el hecho de que una persona extranjera resida en Colombia, deba hablar y entender perfectamente el castellano, menos, tratándose, como en este caso, del interrogatorio de parte de un ciudadano chino, interrogatorio que no debe dejar dudas sobre su entendimiento y sobre las respuestas correspondientes. De otra parte, conforme al artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social es deber del Juez propiciar el esclarecimiento de los hechos controvertidos dentro del proceso judicial.

Por la trascendencia de la prueba, y sin importar, que ella favorezca o afecte al demandante o la demandada, se revoca el auto apelado, y se ordena a la juez que estudie nuevamente la designación de un auxiliar de la justicia que traduzca la

declaración de la parte demandada, para obtener una versión de los hechos, de manera libre y consciente.

Proceso ordinario 1100131050220120031902
Julián Andrés Quintana Sánchez contra Li Yuan Hong
Auto de fecha 30 de julio de 2013

El audio de la providencia integra se ubica en la relatoría del Tribunal.

.....

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Presidente

NAYLA JOHANA ALFONSO MOGOLLÓN
Relatora