

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00187 -01
Demandante: **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora en contra de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2020 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.** en contra de **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende obtener el reconocimiento y pago de la

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00187 -01
Demandante: **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

suma de \$666.851 por concepto de incapacidad de su funcionaria Giannina Santiago Cabarcas, junto con los intereses de mora.

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Su trabajadora, Gianinna Santiago Cabarcas, se encontraba afiliada a E.P.S. CADESALUD hoy E.P.S. MEDIMÁS, como cotizante en el periodo que estuvo vinculada laboralmente; **2)** El 09 de junio de 2013 a Gianinna Santiago Cabarcas se le otorgó incapacidad por enfermedad general el 16 de junio de 2013; y **3)** El 27 de octubre de 2014 solicitó el pago de la incapacidad de su trabajadora, no obstante, no se ha emitido respuesta; petición que reiteró en diversas oportunidades.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 36), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción del derecho a solicitar el reembolso de prestaciones económicas, no existe prueba del pago realizado por la A.P.C. a la señora Gianinna Santiago Cabarcas, y la genérica.

Indicó que la solicitud elevada por la parte actora se encuentra prescrita, pues han transcurrido más de tres años desde su causación; y que no existe prueba que demuestre que la parte actora pagó la incapacidad de su trabajadora.

Por su parte, **MEDIMÁS E.P.S.** (medio óptico de folio 36), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación por pasiva.

Demandante: **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

Señaló que la entidad no existía para el momento que se presentó la incapacidad de la trabajadora Gianinna Santiago Cabarcas; que las incapacidades causadas con anterioridad al 01 de agosto de 2017 están a cargo de CAFESALUD E.P.S.; y que no es sucesor procesal de CAFESALUD E.P.S. son empresas totalmente diferentes.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 59 a 63), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 31 de agosto de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que MEDIMÁS E.P.S. tenía legitimación en la causa, como quiera que la Subsección Primera de la Sección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia del 26 de octubre de 2017, profirió medida cautelar consistente en que debía tomar las medidas necesarias tendientes a asegurar el cumplimiento de obligaciones a cargo de CAFESALUD E.P.S., lo que cesó hasta el 10 de abril de 2019, fecha en la que la aludida corporación señaló que MEDIMÁS E.P.S. únicamente era responsable del pago de prestaciones causadas con posterioridad al 01 de agosto de 2017; y que la solicitud de la incapacidad se radicó el 06 de noviembre de 2014, sin embargo, la demanda se presentó el 03 de mayo de 2018, esto es, luego de transcurridos los tres años de que trata el artículo 141 del C.P.T. y de la S.S., por lo que, operó el fenómeno prescriptivo.

IV. APELACIÓN.

La **parte actora** (fls. 72 a 76) manifestó que no existe una norma que establezca el plazo definido para presentar una solicitud de pago de incapacidad; que presentó la solicitud de

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00187 -01
Demandante: **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

reembolso el 27 de octubre de 2014 lo que reiteró el 15 de septiembre de 2015, sin que la E.P.S. se pronunciara, por lo que, al demandarse el 03 de mayo de 2018, el derecho no se encuentra prescrito; que las incapacidades son un medio de subsistencia, sustituye el salario, por lo que, resulta lógico que sea pagada por el empleador para que luego sea reconocida por la E.P.S.; y que se encuentra debidamente acreditado el pago de la incapacidad a su trabajadora.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el problema jurídicos se circunscribe a determinar si se encuentra prescrita la incapacidad solicitada por la parte actora.

DE LAS INCAPACIDADES.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo,

Demandante: **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que aduce:

“Artículo 121. 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 la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores.

Ahora bien, y relación con el **pago de las incapacidades**, se hace necesario recordar que el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

Demandante: **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

De esta manera, le corresponde al empleador allegar los correspondientes documentos que dieran cuenta del reconocimiento económico para poder solicitar el reembolso a la E.P.S.

Finalmente, y en lo atiente a **prescripción**, se hace necesario recordar que el término para solicitar prestaciones económicas el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 dispone un término de tres años contado a partir de la fecha de pago, y que el artículo 489 del C.S.T. establece que dicho fenómeno sólo se interrumpe por una sola vez. Las normas en mención señalan:

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

“ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”.

DEL CASO CON CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i) Giannina Santiago Cabarcas ingresó a laborar a la AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C. mediante Resolución 008 del 06 de febrero de 2012 (fl.34).

Demandante: **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

- ii) A la trabajadora Santiago Cabarcas le fueron efectuados aportes a seguridad social desde diciembre de 2012 hasta julio de 2013 por parte del empleador accionante (fls. 19 a 32).
- iii) Giannina Santiago Cabarcas estuvo incapacitada del 09 al 16 de junio de 2013 (fl.3).
- iv) A la actora le fue pagada de forma completa su nómina de junio de 2013, incluyéndose el ítem de licencia de enfermedad (fl.33).
- v) El 27 de octubre de 2014, la parte actora solicitó a CAFESALUD E.P.S. el pago de la incapacidad de su trabajadora Giannina Santiago Cabarcas (fl.2).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que se encuentra acreditado que la trabajadora de la agencia accionante, Giannina Santiago Cabarcas estuvo incapacitada del 09 al 16 de junio de 2013 (fl.3), por lo que de conformidad con el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, le correspondía a la AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C. efectuar el pago de la incapacidad.

Al respecto, se encontró acreditado que la AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C. pagó en la nómina del mes de junio de 2013, el valor correspondiente a la incapacidad, lo que permitía que solicitar ante la E.P.S. de la demandante, CAFESALUD E.P.S., el pago de la incapacidad, lo que se efectuó el 27 de octubre de 2014.

Así las cosas, y siguiendo los lineamientos expuestos en los artículos 28 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 489 del C.S.T., tenemos el siguiente escenario:

- La incapacidad data del 09 al 16 de junio de 2013.
- La incapacidad se pagó por parte del empleador en la nómina de junio de 2013.

Demandante: **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

- Conforme al artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, el empleador contaba con tres años para solicitar el reembolso, lo que hizo en tiempo, el 27 de octubre de 2014.
- Con la petición del 27 de octubre de 2014 el empleador logró interrumpir la excepción de prescripción, lo que permitía contar por un lapso igual, nuevamente el fenómeno extintivo, de modo que, se tenía hasta el 27 de octubre de 2017, para demandar.
- Se presentó demanda el 03 de mayo de 2018 (fl.1), esto es, por fuera del término aludido.

De conformidad con lo anterior, considera la Sala que es acertado el razonamiento efectuado por el A Quo, esto es, que operó el fenómeno de la prescripción, lo que permitía absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

En este punto, se aclara que al plenario no se arrimó la reclamación de fecha 15 de septiembre de 2015, no obstante, y aun cuando hubiera sido allegada, conforme a los razonamientos realizados tampoco sería dable tenerla en cuenta para contabilizar el término prescriptivo, pues conforme al artículo 489 del C.S.T. la prescripción se interrumpe por una sola vez, lo que ocurrió con la petición del 27 de octubre de 2014.

Finalmente, y en cuanto a que la prestación constituye un medio de subsistencia, sustituye el salario, y que en consecuencia no podría afectarse el mínimo vital del asalariado, se considera que tales derechos le asisten al trabajador que goza de la incapacidad, y en consecuencia es el empleador el que debe remunerar sin ningún tipo de demoras el pago de sus prestaciones económicas, lo que es ajeno al trámite que inicia el empleador para lograr el reembolso ante la E.P.S., por lo que, tales argumentos no tienen el alcance suficiente para considerar las incapacidades imprescriptibles, por demás que el pago que

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00187 -01

Demandante: **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

sustituye, esto es, el salario, se puede extinguir por el paso del tiempo, pues el artículo 488 del C.S.T. establece que *“las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”*.

Por lo brevemente expuesto se confirmará la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

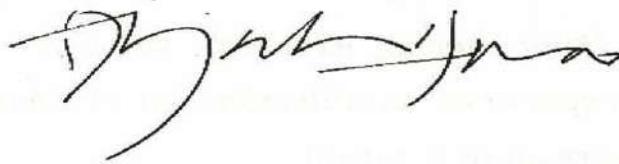
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00187 -01

Demandante: **AGENCIA PRESIDENCIAL DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL DE COLOMBIA- A.P.C.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

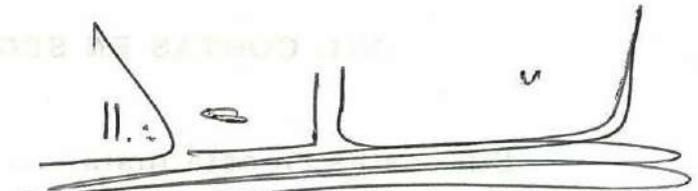
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARÇELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de CAFESALUD E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES S.A.S.- I.R.C.C. S.A.S.** en contra de **CAFESALUD E.P.S. y MEDIMÁS E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende el pago de 119 incapacidades, y licencias de maternidad o paternidad otorgadas a sus trabajadores, por la suma \$48'503.593, junto con los respectivos intereses moratorios.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** El 19 de febrero de 2018 solicitó a CAFESALUD E.P.S. el pago de las incapacidades de sus trabajadores; y **2)** CAFESALUD E.P.S. no emitió respuesta.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de fl. 335), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva.

Indicó que las incapacidades fueron generadas antes del 31 de julio de 2017, y asumió las obligaciones a cargo de CAFESALUD E.P.S. a partir del 01 de agosto de 2017.

Por su parte, **CAFESALUD E.P.S.** (medio óptico de folio 335), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones las de falta de legitimación por activa para presentar demanda, incapacidades canceladas en su totalidad, prestaciones económicas canceladas parcialmente, prestaciones económicas reconocidas por CADESALUD E.P.S. y a cargo de MEDIMÁS E.P.S., prestaciones económicas que no se registran en el sistema, y personas que no registran en la base de CAFESALUD E.P.S.

Indicó que no se encuentra poder de quien obra en representación de la accionante, Catalina María Rosas Rodríguez; que realizó el reconocimiento económico de las incapacidades de Marcela Arenilla Martínez del 30 de abril al 14 de mayo de 2017, Nini Yohana Caicedo Ríos del 08 de febrero del 13 de junio de 2017, Keyla Alejandra Díaz Sierra del 07 de enero al 12 de mayo

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

de 2017, Gloria García Barreto del 28 de abril al 04 de mayo de 2017, Yuleima Urrego del 04 al 06 de febrero de 2017, Martha Guaqueta Sierra del 24 de enero al 29 de mayo de 2017, Luis David Henao Manrique del 24 al 28 de noviembre de 2016, Jeffrey Saúl Cruz Riveros del 20 al 31 de enero de 2017, María Isabel Huertas Barreto del 15 al 17 de octubre de 2016, y de Joana Patricia Vásquez Figueroa del 02 de septiembre de 2016 al 04 de enero de 2017; y un reconocimiento parcial de Edith Yaneth Piza Vela del 14 de marzo del 17 de julio de 2017, estando en deuda el valor restante por la orden proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Adujo que la incapacidad de Martha Liliana Flórez Torres del 08 de noviembre de 2016, está a cargo del empleador pues es únicamente de un día; y que las demás incapacidades se encuentran a cargo de MEDIMÁS E.P.S. o no están registradas en su sistema.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 339 a 349), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 31 de agosto de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

(...) **TERCERO: ACCEDER PARCIALMENTE** a las pretensiones de la demanda instaurada por I.R.C.C. S.A.S.

CUARTO: ORDENAR a CAFESALUD E.P.S. pagar la suma de \$35'687.287 con las actualizaciones monetarias correspondientes, en favor de I.R.C.C. S.A.S., dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

QUINTO: ORDENAR a MEDIMÁS E.P.S. pagar la suma de \$491.811 con las actualizaciones monetarias correspondientes, en favor de I.R.C.C. S.A.S., dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

En síntesis, refirió que está acreditado el pago de las incapacidades por parte del empleador a favor de sus trabajadores; y que si bien mediante providencia del 26 de octubre de 2017 se decretó medida cautelar para que MEDIMÁS E.P.S. tomara las medidas necesarias tendientes a asegurar el pago de incapacidades de afiliados a CAFESALUD E.P.S., lo cierto es que esta fue levantada el 10 de abril de 2019, señalándose que CAFESALUD E.P.S. debía responder por las prestaciones acaecidas con anterioridad al 01 de agosto de 2017.

Señaló que las incapacidades inferiores a dos días están en cabeza del empleador; que no es dable acceder al pago de las incapacidades no registradas en el sistema de la E.P.S., puesto que no se allegó soporte alguno de tal prestación económica; que se reconocen las incapacidades y licencias de maternidad o paternidad que cumplen los requisitos establecidos en las Leyes 780 de 2016 y 1822 de 2017; y que las prestaciones económicas no pueden ser liquidados sobre un salario inferior al mínimo legal.

IV. APELACIÓN.

CAFESALUD E.P.S. (medio óptico de folio 335), manifestó que las siguientes incapacidades se reconocieron sobre un valor superior al que fue liquidado por la entidad:

ARENILLA MARTINEZ MARCELA	36576676	INCAPACIDAD	30/05/2017	27/06/2017	\$ 737.717
ARENILLA MARTINEZ MARCELA	36576676	INCAPACIDAD	29/06/2017	18/07/2017	\$ 737.717
BARRERO MARIA DEL PILAR	40340572	INCAPACIDAD	4/07/2017	7/07/2017	\$ 737.717
BARRIOS ROJAS MARY LUZ	1019063244	INCAPACIDAD	25/05/2017	27/05/2017	\$ 737.717
BENAVIDES RODRIGUEZ MARIA ANGELICA	1050782762	INCAPACIDAD	15/04/2017	17/04/2017	\$ 737.717
BENJUMEA SALAZAR KEVIN	1022384010	INCAPACIDAD	20/05/2017	22/05/2017	\$ 737.717
BERNAL CAICEDO ANDREA ALEXANDRA	1013604657	INCAPACIDAD	4/07/2017	8/07/2017	\$ 1.325.000
BERTEL CABALLERO WILMAN ERIC	72290205	INCAPACIDAD	27/04/2017	15/05/2017	\$ 737.717
BERTEL CABALLERO WILMAN ERIC	72290205	INCAPACIDAD	30/06/2017	4/07/2017	\$ 737.717
BUEN DIA YEIMY KATERINE	1098661948	INCAPACIDAD	3/06/2017	5/06/2017	\$ 737.717
CLAVIJO MOLINA SANDRA PATRICIA	35264698	INCAPACIDAD	18/05/2017	20/05/2017	\$ 737.717
CRUZ JURADO LEIDY JOHANA	36303460	INCAPACIDAD	25/02/2017	1/03/2017	\$ 737.717
DIAZ OSPINA GENITH MARIA 57460439	57460439	INCAPACIDAD	17/05/2017	21/05/2017	\$ 737.717
ESPINOSA CHACON HANY	66826195	INCAPACIDAD	24/05/2017	26/05/2017	\$ 737.717
FAGUA CIPAMICHA WILLIAM DAVID	80136973	INCAPACIDAD	5/05/2017	7/05/2017	\$ 737.717
FLOREZ TORRES MARTHA LILIANA	52506553	INCAPACIDAD	6/07/2017	9/07/2017	\$ 737.717
FORERO GARCIA JUAN DANIEL	1030673955	INCAPACIDAD	25/06/2017	27/06/2017	\$ 737.717
GARCIA FERNANDEZ LILIANA MARINA	43636560	INCAPACIDAD	14/07/2017	16/07/2017	\$ 737.717
IZAO JARAMILLO EDWIN ANDRES	1112103539	INCAPACIDAD	6/04/2017	14/04/2017	\$ 1.234.417
JUNCO MANCIBE JHON FERNANDO	1048847579	INCAPACIDAD	31/05/2017	2/06/2017	\$ 737.717
LOPEZ EDISON JAVIER	1057185356	INCAPACIDAD	24/05/2017	26/05/2017	\$ 737.717
LOPEZ ORTIZ JHON ALDEMAR	80234541	INCAPACIDAD	8/05/2017	27/05/2017	\$ 737.717

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

LORA HERRERA LILIANA MARGARITA	32697048	INCAPACIDAD	23/05/2017	28/05/2107	\$ 1.021.667
MARTINEZ MAYA ORLANDO	16705681	INCAPACIDAD	2/06/2017	1/07/2017	\$ 1.163.143
MOLINA HERNANDEZ CESAR AUGUSTO	1117263828	INCAPACIDAD	4/07/2017	6/07/2017	\$ 737.717
MONTADO CEDENO MARIA DEL SOCORRO	36184535	INCAPACIDAD	9/05/2017	11/05/2017	\$ 737.717
MOSQUERA MIRANDA JOSEFA MARIA	32877852	INCAPACIDAD	22/05/2017	22/05/2017	\$ 737.717
MUÑOZ HEYDI ANGELA CAROLINA	52349505	INCAPACIDAD	8/05/2017	10/05/2017	\$ 1.618.750
OSORIO TRESPALACIOS MARISOL	1017207323	INCAPACIDAD	6/06/2017	8/06/2017	\$ 737.717
PUNTES CARREÑO DORS MABEL	52701228	INCAPACIDAD	5/06/2017	7/06/2017	\$ 737.717
RAMIREZ CLAUDIA JIMENA	52454356	INCAPACIDAD	1/11/2016	9/11/2016	\$ 780.159
RODRIGUEZ SANCHEZ JUAN DAVID	1048209155	INCAPACIDAD	30/06/2017	2/07/2017	\$ 737.717
SANCHEZ MARTINEZ DELY AMIS	26214966	INCAPACIDAD	10/07/2017	19/07/2017	\$ 737.717
SARMIENTO CANTILLO ERVIN JOSE	1046266322	INCAPACIDAD	3/06/2017	5/06/2017	\$ 737.717
SARMIENTO CANTILLO ERVIN JOSE	1046266322	INCAPACIDAD	6/06/2017	8/06/2017	\$ 737.717
TRIANA HOYOS ALEJANDRA DEL PILAR	35424571	INCAPACIDAD	6/07/2017	8/07/2017	\$ 737.717
VALENCIA CRUZ JHONY ALEXANDER	1032412401	LICENCIA DE PA	14/06/2017	27/06/2017	\$ 1.127.186
VASQUEZ IGLESIAS EDER LUIS	72430767	INCAPACIDAD	3/05/2017	5/05/2017	\$ 737.717
VELAZQUES RESTREPO JUAN GUILLERMO	1037640449	INCAPACIDAD	25/04/2017	29/04/2017	\$ 737.717
VIVAS FLAUTERO ANGELICA LILIANA	1015431050	INCAPACIDAD	30/06/2017	3/07/2017	\$ 737.717
ZAMBRANO TRUJILLO LINDSAY	30508283	INCAPACIDAD	15/05/2017	21/05/2017	\$ 737.717
ZAMBRANO TRUJILLO LINDSAY	30508283	INCAPACIDAD	22/05/2017	26/05/2017	\$ 737.717
ZAMBRANO TRUJILLO LINDSAY	30508283	INCAPACIDAD	27/05/2017	1/06/2017	\$ 737.717
ZUÑIGA GONZÁLEZ MARIA ESTEFANY	1019135334	INCAPACIDAD	8/05/2017	12/05/2017	\$ 737.717

Agregó que la parte actora deberá hacerse parte del proceso de liquidación para lograr el reconocimiento de las incapacidades aludidas; que las incapacidades de María Angélica Ruiz Tique, Andrea Alexandra Bernal Caicedo y Yurley Bibiana Camacho, Rúgeles no se encuentran transcritas; que se realizó el reconocimiento económico total o parcial de las incapacidades de Marcela Arenilla Martínez del 30 de abril al 14 de mayo de 2017, Nini Yohana Caicedo Ríos del 08 de febrero del 13 de junio de 2017, Jeffrey Saúl Cruz Riveros del 20 al 31 de enero de 2017, Keyla Alejandra Díaz Sierra del 07 de enero al 12 de mayo de 2017, Gloria García Barreto del 28 de abril al 04 de mayo de 2017, Yuleima Urrego del 04 al 06 de febrero de 2017, Martha Guaqueta Sierra del 24 de enero al 29 de mayo de 2017, Luis David Henao Manrique del 24 al 28 de noviembre de 2016, María Isabel Huertas Barreto del 15 al 17 de octubre de 2016, y de Joana Patricia Vásquez Figueroa del 02 de septiembre de 2016 al 04 de enero de 2017.

Finalmente, señaló que la mora ocurrida por fuera mayor o caso fortuito no genera indexación.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los problemas jurídicos se circunscriben a determinar si en virtud del proceso liquidatorio de la entidad demandada no es posible ordenar el reconocimiento y pago del servicio pretendido; si se encuentran debidamente liquidadas las facturas referidas en la impugnación; si se encuentran transcritas las incapacidades de Andrea Alexandra Bernal Caicedo, Yurley Bibiana Camacho Rúgeles, y María Angélica Ruiz Tique; si está demostrado el pago parcial o total de las incapacidades de Marcela Arenilla Martínez del 30 de abril al 14 de mayo de 2017, Nini Yohana Caicedo Ríos del 08 de febrero del 13 de junio de 2017, Jeffrey Saúl Cruz Riveros del 20 al 31 de enero de 2017, Keyla Alejandra Díaz Sierra del 07 de enero al 12 de mayo de 2017, Gloria García Barreto del 28 de abril al 04 de mayo de 2017, Yuleima Urrego del 04 al 06 de febrero de 2017, Martha Guaqueta Sierra del 24 de enero al 29 de mayo de 2017, Luis David Henao Manrique del 24 al 28 de noviembre de 2016, María Isabel Huertas Barreto del 15 al 17 de octubre de 2016, y de Joana Patricia Vásquez Figueroa del 02 de septiembre de 2016 al 04 de enero de 2017; y finalmente si hay lugar a reconocer las condenas debidamente indexadas.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES.

De conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 y, en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado o gozando de una de licencia de maternidad (art. 2.2.1.1.1..1 del Decreto 780 de 2016).

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, que prevé:

“Artículo 121. 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 la norma transcrita se desprende que en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores.

Ahora bien, en relación con las incapacidades, el reembolso que solicite el empleador sólo es dable sobre las concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días están en cabeza del empleador, según lo dispone el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 19991.

¹ “Artículo 40 (...) PARAGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> 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.”

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

Igualmente, el auxilio económico que recibe el trabajador en la incapacidad laboral de origen común corresponde al 66.66% del salario base de cotización durante los primeros 90 días, y luego del 50%, siempre que el resultado no sea inferior al salario mínimo, conforme lo indica el artículo 222 del C.S.T².

La constitucionalidad de dicha norma fue sometida a estudio por la H. Corte Constitucional, a través de la sentencia C-543 de 2007, en la que consideró pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar, y por ello entendió que, “el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal”.

DEL PROCESO LIQUIDATORIO.

La empresa es la base del desarrollo, fuente de empleo y de bienes y servicios para el mejoramiento de la calidad de vida de la sociedad, por ello tiene una función social que implica obligaciones con sus trabajadores y con la sociedad, que exige el pago de salarios justos y el suministro de bienes y servicios que sean cuantitativa y cualitativamente aptos para el bienestar de los habitantes (Ver frente al punto, la sentencia C-807 de 2003).

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

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

La H. Corte Constitucional en sentencia **SU-773 de 2014**, señaló los efectos de la iniciación del proceso de liquidatorio, que se resumen de la siguiente manera:

“En relación con la apertura del proceso liquidatorio y los efectos de la iniciación del proceso de liquidación judicial, el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 establece una serie de consecuencias jurídicas de la mayor relevancia, que tienen que ver con aspectos relacionados (i) con la persona del deudor y su actividad; (ii) con las obligaciones a su cargo; (iii) con sus bienes; (iv) con cuestiones de orden estrictamente procesal.

Entre otros, la normatividad prevé los siguientes efectos de la apertura o iniciación de la liquidación judicial: (i) la disolución de la persona jurídica, (ii) la terminación de contratos, (iii) la finalización de encargos fiduciarios, (iv) la interrupción de los términos de prescripción y la inoperancia de la caducidad, (v) la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo del deudor, (vi) la prohibición de disposición de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable, (vii) la remisión al juez del concurso de todos los procesos de ejecución que estén siguiéndose contra el deudor, con el objeto que sean tenidos en cuenta para la calificación y graduación de créditos y derechos de voto, de manera que la continuación de los mismos por fuera del proceso de liquidación será nula y corresponde ser declarada por el juez del concurso, (viii) la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria.

2.7.17. Otro de los efectos de naturaleza procesal de la iniciación del proceso de liquidación judicial, consiste en la preferencia de las normas del proceso de liquidación judicial sobre cualquier otra que le sea contraria. Este efecto implica no solo que las normas del proceso concursal tienen carácter especial y preferente frente a las demás normas de carácter procesal general, sino también que por tener el proceso liquidatorio una vocación universal tiene preferencia sobre cualquier otro proceso en el cual se trate de hacer efectivas las obligaciones en contra del deudor. Por lo tanto, una vez iniciado el proceso concursal, no puede admitirse demanda alguna en la cual se pretenda la apertura de otro proceso concursal o de uno de reorganización, ni tampoco es posible que una vez iniciada la liquidación judicial haya lugar a la ejecución extraconcursal mediante procesos ejecutivos, como ya se mencionó en el apartado anterior”.

En ese entendido, las reglas establecidas en los procesos liquidatorios, por cuanto son asuntos de carácter universal y tienen como fundamento el principio de igualdad entre los acreedores, desarrollado a través de la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo a cargo de la entidad

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

correspondiente, tienen un procedimiento según el cual los acreedores deben hacerse parte, para que su acreencia sea graduada y calificada según el orden de prelación definido por la ley.

Lo anterior no quiere decir que la competencia de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer el asunto bajo análisis riña con las normas que orientan el proceso liquidatorio, pues aquello no pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino que tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio.

Entonces, al tratarse de un proceso que se adelantó con el lleno de los requisitos legales, se tiene que no afecta el trámite concursal ni las acreencias eventuales de otros acreedores, como lo quiso hacer ver en el recurso de apelación el apoderado de la E.P.S. CAFESALUD, pues se reitera lo que se busca con el presente trámite es imprimir certeza a ese derecho, requisito sin el que no es procedente exigir su efectividad, aunado a que en todo caso la decisión que profiera, deberá respetar las reglas establecidas en el proceso de liquidación que se adelanta contra la convocada a juicio. En la SL416-2021, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia afirmó:

“Por otra parte, es infundado sostener, como lo hace la impugnante, que la actora debió hacerse presente en la liquidación de la entidad si consideraba que existía una obligación en su favor, pues, precisamente lo que procuró al promover el proceso judicial que ahora se examina, fue que se declarara la existencia de la relación laboral, y de contera, del crédito a cargo de la enjuiciada. En todo caso, importa destacar que el inicio del proceso liquidatorio de una entidad pública no es impedimento alguno para que sus trabajadores concurren a los jueces, con el objeto de propender por que se declaren judicialmente las garantías laborales que les han sido desconocidas”.

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i)** I.R.C.C. S.A.S. pagó incapacidades y licencias de maternidad o paternidad de 119 de sus trabajadores (fls. 34D a 316).
- ii)** El 05 de julio de 2017, CAFESALUD E.P.S. solicitó la aprobación de un plan de reorganización institucional, el que fue aprobado mediante la Resolución 2426 del 19 de julio 2017, acto administrativo a través del que se aprobó la cesión de activos, pasivos, y contratos referidos a la prestación del servicio de salud, así como de afiliados, de CAFESALUD E.P.S. a MEDIMÁS E.P.S. (medio óptico de folio 335).
- iii)** Que el 26 de octubre de 2017, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó como medida cautelar de urgencia que dentro del proceso con radicado 250002341000201601314-00, que **MEDIMÁS E.P.S.** llevara a cabo la prestación del servicio de salud, y efectuara el pago de incapacidades sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales (medio óptico de folio 3351).
- iv)** Que mediante la Resolución N° 007172 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 CAFÉSALUD E.P.S., por el término de dos años (medio óptico de folio 335).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que CAFESALUD E.P.S. aún se encuentra en proceso liquidatorio, por lo que es dable a través de esta acción el reconocimiento y pago

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

de las incapacidades objeto de controversia, dado que como se dijo en precedencia, no se pretende desplazar la competencia del agente liquidador para darle prelación al pago de un crédito determinado, sino, por el contrario, este proceso tiene por finalidad darle certeza a un derecho que ha sido negado o que está pendiente de ser reconocido y que por lo mismo podría no ser considerado dentro de tal proceso liquidatorio, por lo que, nada impide en consecuencia acudir a los jueces para lograr tal objetivo.

Sentado lo anterior, se tiene que de las 119 incapacidades, las siguientes 78 fueron objeto de condena:

NO.	NOMBRE	F. INICIO	F. FINAL
1	ACOSTA VILLAZON DINA LUZ	24-jun-17	27-jun-17
2	ARENILLA MARTINEZ MARCELA	30-abr-17	14-may-17
3	ARENILLA MARTINEZ MARCELA	15-may-17	29-may-17
4	ARENILLA MARTINEZ MARCELA	30-may-17	27-jun-17
5	ARENILLA MARTINEZ MARCELA	29-jun-17	18-jul-17
6	ARENILLA MARTINEZ MARCELA	21-jul-17	18-ago-17
7	BARRERO MARIA DEL PILAR	4-jul-17	7-jul-17
8	BARRIOS ROJAS MARY LUZ	25-may-17	27-may-17
9	BENAVIDES RODRIGUEZ MARIA ANGELICA	15-abr-17	17-abr-17
10	BENJUMEA SALAZAR KEVIN	20-may-17	22-may-17
11	BERNAL CAICEDO ANDREA ALEXANDRA	2-nov-16	16-nov-16
12	BERNAL CAICEDO ANDREA ALEXANDRA	4-jul-17	8-jul-17
13	BERTEL CABALLERO WILMAN ERIC	27-abr-17	15-may-17
14	BERTEL CABALLERO WILMAN ERIC	31-may-17	14-jun-17
15	BERTEL CABALLERO WILMAN ERIC	15-jun-17	29-jun-17
16	BERTEL CABALLERO WILMAN ERIC	30-jun-17	4-jul-17
17	BUENO PINTO YEIMY KATERINE	3-jun-17	5-jun-17
18	CAICEDO RIOS NINI YOHANA	8-feb-17	13-jun-17
19	CAMACHO RUGELES YURLEY BIBIANA	3-ago-16	12-ago-16
20	CLAVIJO MOLINA SANDRA PATRICIA	18-may-17	20-may-17
21	CRUZ JURADO LEIDY JOHANNA	25-feb-17	1-mar-17
22	CRUZ RIVEROS JEFFREY SAUL	20-ene-17	31-ene-17
23	DIAZ OSPINO GENITH MARIA	17-may-17	21-may-17
24	DIAZ SIERRA KEYLA ALEJANDRA	7-ene-17	12-may-17
25	ESPINOSA CHACON HANY	24-may-17	26-may-17
26	FAGUA CIPAMOCHA WILLIAM DAVID	5-may-17	7-may-17
27	FLOREZ TORRES MARTHA LILIANA	6-jul-17	9-jul-17
28	FORERO GARCIA JUAN DANIEL	25-jun-17	27-jun-17
29	GARCIA BARRETO GLORIA EMILCE	28-abr-17	4-may-17
30	GARCIA FERNANDEZ LILIANA MARIA	14-jul-17	16-jul-17
31	GIRALDO URREGO YULEIMA	4-feb-17	6-feb-17
32	GONZALEZ FAJARDO SULLY AMPARO	13-jul-17	18-jul-17
33	GUAQUETA SIERRA MARTHA JANETH	24-ene-17	29-may-17

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

34	HENAO MANRIQUE LUIS DAVID	24-nov-16	28-nov-16
35	HUERTAS BARRETO MARIA ISABEL	15-oct-16	17-oct-16
36	IZAO JARAMILLO EDWIN ANDRES	6-abr-17	14-abr-17
37	JUNCO MANCIPE JHON FERNANDO	31-may-17	2-jun-17
38	LADINO ROMERO SERGIO ANDRES	5-may-17	11-may-17
39	LADINO ROMERO SERGIO ANDRES	18-may-17	20-may-17
40	LOPEZ EDISON JAVIER	24-may-17	26-may-17
41	LOPEZ ORTIZ JOHN ALDEMAR	7-abr-17	21-abr-17
42	LOPEZ ORTIZ JOHN ALDEMAR	8-may-17	27-may-17
43	LOPEZ ORTIZ JOHN ALDEMAR	13-jun-17	23-jun-17
44	LORA HERRERA LILIANA MARGARITA	23-may-17	28-may-17
45	MARTINEZ MAYA ORLANDO	1-may-17	20-may-17
46	MARTINEZ MAYA ORLANDO	20-may-17	1-jun-17
47	MARTINEZ MAYA ORLANDO	2-jun-17	1-jul-17
48	MARTINEZ MAYA ORLANDO	4-jul-17	2-ago-17
49	MENDOZA RODRIGUEZ MARIA DEL CARMEN	29-jun-17	2-jul-17
50	MOLINA HERNANDEZ CESAR AUGUSTO	4-jul-17	6-jul-17
51	MONTANA CEDENO MARIA DEL SOCORRO	9-may-17	11-may-17
52	MOSQUERA MIRANDA JOSEFA MARIA	18-may-17	19-may-17
53	MOSQUERA MIRANDA JOSEFA MARIA	22-may-17	22-may-17
54	MUÑOZ HEYDI ANGELA CAROLINA	8-may-17	10-may-17
55	OSORIO TRESPALACIOS MARISOL	6-jun-17	8-jun-17
56	PIZA VELA EDITH YANETH	14-mar-17	17-jul-17
57	PUENTES CARREÑO DORIS MABEL	1-jun-17	4-jun-17
58	PUENTES CARREÑO DORIS MABEL	5-jun-17	7-jun-17
59	RAMIREZ CLAUDIA JIMENA	1-nov-16	9-nov-16
60	REYES MALAMBO ANGUIE XIOMARA	18-nov-16	20-nov-16
61	RODRIGUEZ ALBA MARIA	1-sep-16	15-sep-16
62	RODRIGUEZ ALBA MARIA	16-jun-17	15-jul-17
63	RODRIGUEZ SANCHEZ JUAN DAVID	30-jun-17	2-jul-17
64	RUIZ TIQUE MARIA ANGELICA	20-jun-17	24-jun-17
65	SANCHEZ MARTINEZ DELY AMIS	10-jul-17	19-jul-17
66	SARMIENTO CANTILLO ERVIN JOSE	3-jun-17	5-jun-17
67	SARMIENTO CANTILLO ERVIN JOSE	6-jun-17	8-jun-17
68	TRIANA HOYOS ALEJANDRA DEL PILAR	6-jul-17	8-jul-17
69	VALENCIA CRUZ JHONY ALEXANDER	14-jun-17	27-jun-17
70	VARGAS BAUTISTA JUAN CARLOS JUAN CARLOS	4-oct-16	2-nov-16
71	VASQUEZ FIGUEROA JOANA PATRICIA	2-sep-16	4-ene-17
72	VASQUEZ IGLESIAS EDER LUIS	3-may-17	5-may-17
73	VELEZ RESTREPO JUAN GUILLERMO	25-abr-17	29-abr-17
74	VIVAS FLAUTERO ANGELICA LILIANA	30-jun-17	3-jul-17
75	ZAMBRANO TRUJILLO LINDSAY	15-may-17	21-may-17
76	ZAMBRANO TRUJILLO LINDSAY	22-may-17	26-may-17
77	ZAMBRANO TRUJILLO LINDSAY	27-may-17	1-jun-17
78	ZUÑIGA GONZALEZ MARIA ESTEFANY	8-may-17	12-may-17

Ahora bien, CAFESALUD E.P.S. señala que no fueron bien liquidadas 44 prestaciones económicas pues se tuvo en cuenta un I.B.C. distinto al que le correspondía a cada uno de los trabajadores, no obstante, y efectuadas las operaciones de rigor, se evidencia que todas fueron liquidadas teniendo en cuenta el

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

salario mínimo legal con excepción de las incapacidades de Andrea Alexandra Bernal Caicedo del 04 al 08 de julio de 2017 y Jhony Alexander Valencia Cruz del 14 al 27 de junio de 2017, las que tienen un I.B.C., según las correspondientes nóminas, de \$2'379.000 (fl.42), y \$1'547.000 (fl.236) respectivamente; mismos valores que tuvo en cuenta el A Quo precisamente para liquidar. Igualmente, se precisa que las prestaciones en las que se tuvo la totalidad de días a cargo de la E.P.S. es porque se trata de prórroga de incapacidades o es una licencia de paternidad como ocurre con la del señor Jhony Alexander Valencia Cruz:

NO.	NOMBRE	F. INICIO	F. FINAL	DÍAS	DÍAS A CARGO DE LA E.P.S.	SALARIO	VALOR PRESTACIÓN	VALOR RECONOCIDO
1	ARENILLA MARTINEZ MARCELA	30-may-17	27-jun-17	29	29	\$ 737.717,00	\$ 713.126,43	\$ 713.126
2	ARENILLA MARTINEZ MARCELA	29-jun-17	18-jul-17	20	20	\$ 737.717,00	\$ 491.811,33	\$ 491.811
3	BARRERO MARIA DEL PILAR	4-jul-17	7-jul-17	4	2	\$ 737.717,00	\$ 49.181,13	\$ 49.181
4	BARRIOS ROJAS MARY LUZ	25-may-17	27-may-17	3	2	\$ 737.717,00	\$ 49.181,13	\$ 49.181
5	BENAVIDES RODRIGUEZ MARIA ANGELICA	15-abr-17	17-abr-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
6	BENJUMEA SALAZAR KEVIN	20-may-17	22-may-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
7	BERNAL CAICEDO ANDREA ALEXANDRA	4-jul-17	8-jul-17	5	3	\$ 2.379.000,00	\$ 158.600,00	\$ 158.608
8	BETEL CABALLERO WILMAN ERIC	27-abr-17	15-may-17	19	17	\$ 737.717,00	\$ 418.039,63	\$ 418.040
9	BETEL CABALLERO WILMAN ERIC	30-jun-17	4-jul-17	5	5	\$ 737.717,00	\$ 122.952,83	\$ 122.953
10	BUENO PINTO YEIMY KATERINE	3-jun-17	5-jun-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
11	CLAVIJO MOLINA SANDRA PATRICIA	18-may-17	20-may-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
12	CRUZ JURADO LEIDY JOHANNA	25-feb-17	1-mar-17	5	3	\$ 737.717,00	\$ 73.771,70	\$ 73.772
13	DIAZ OSPINO GENITH MARIA	17-may-17	21-may-17	5	3	\$ 737.717,00	\$ 73.771,70	\$ 73.772
14	ESPINOSA CHACON HANY	24-may-17	26-may-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
15	FAGUA CIPAMOCHA WILLIAM DAVID	5-may-17	7-may-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
16	FLOREZ TORRES MARTHA LILIANA	6-jul-17	9-jul-17	4	2	\$ 689.455,00	\$ 45.963,67	\$ 45.964
17	FORERO GARCIA JUAN DANIEL	25-jun-17	27-jun-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
18	GARCIA FERNANDEZ LILIANA MARIA	14-jul-17	16-jul-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
19	IZAO JARAMILLO EDWIN ANDRES	6-abr-17	14-abr-17	9	7	\$ 737.717,00	\$ 172.133,97	\$ 172.134
20	JUNCO MANCIPE JHON FERNANDO	31-may-17	2-jun-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
21	LOPEZ EDISON JAVIER	24-may-17	26-may-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
22	LOPEZ ORTIZ JOHN ALDEMAR	8-may-17	27-may-17	20	20	\$ 737.717,00	\$ 491.811,33	\$ 491.811
23	LORA HERRERA LILIANA MARGARITA	23-may-17	28-may-17	6	4	\$ 737.717,00	\$ 98.362,27	\$ 96.362
24	MARTINEZ MAYA ORLANDO	2-jun-17	1-jul-17	30	30	\$ 737.717,00	\$ 737.717,00	\$ 737.717
25	MOLINA HERNANDEZ CESAR AUGUSTO	4-jul-17	6-jul-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
26	MONTANA CEDENO MARIA DEL SOCORRO	9-may-17	11-may-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
27	MOSQUERA MIRANDA JOSEFA MARIA	22-may-17	22-may-17	1	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
28	MUÑOZ HEYDI ANGELA CAROLINA	8-may-17	10-may-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
29	OSORIO TRESPALACIOS MARISOL	6-jun-17	8-jun-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
30	PUENTES CARREÑO DORIS MABEL	5-jun-17	7-jun-17	3	3	\$ 737.717,00	\$ 73.771,70	\$ 73.772
31	RAMIREZ CLAUDIA JIMENA	1-nov-16	9-nov-16	9	7	\$ 689.455,00	\$ 160.872,83	\$ 160.873
32	RODRIGUEZ SANCHEZ JUAN DAVID	30-jun-17	2-jul-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
33	SANCHEZ MARTINEZ DELY AMIS	10-jul-17	19-jul-17	10	8	\$ 737.717,00	\$ 196.724,53	\$ 196.725
34	SARMIENTO CANTILLO ERVIN JOSE	3-jun-17	5-jun-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
35	SARMIENTO CANTILLO ERVIN JOSE	6-jun-17	8-jun-17	3	3	\$ 737.717,00	\$ 73.771,70	\$ 73.772
36	TRIANA HOYOS ALEJANDRA DEL PILAR	6-jul-17	8-jul-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

37	VALENCIA CRUZ JHONY ALEXANDER	14-jun-17	27-jun-17	14	14	\$ 1.547.000,00	\$ 721.933,33	\$ 721.933
38	VASQUEZ IGLESIAS EDER LUIS	3-may-17	5-may-17	3	1	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57	\$ 24.591
39	VELEZ RESTREPO JUAN GUILLERMO	25-abr-17	29-abr-17	5	3	\$ 737.717,00	\$ 73.771,70	\$ 73.772
40	VIVAS FLAUTERO ANGELICA LILIANA	30-jun-17	3-jul-17	4	2	\$ 737.717,00	\$ 49.181,13	\$ 49.181
41	ZAMBRANO TRUJILLO LINDSAY	15-may-17	21-may-17	7	5	\$ 737.717,00	\$ 122.952,83	\$ 122.953
42	ZAMBRANO TRUJILLO LINDSAY	22-may-17	26-may-17	5	5	\$ 737.717,00	\$ 122.952,83	\$ 122.953
43	ZAMBRANO TRUJILLO LINDSAY	27-may-17	1-jun-17	6	6	\$ 737.717,00	\$ 147.543,40	\$ 147.543
44	ZUÑIGA GONZALEZ MARIA ESTEFANY	8-may-17	12-may-17	5	3	\$ 737.717,00	\$ 73.771,70	\$ 73.772
TOTAL							\$ 5.980.892,60	\$ 5.978.910

Así las cosas, y como quiera que el resultado del valor ordenado por el A Quo es ligeramente inferior, **\$5'978.910**, al resultante en esta instancia, **\$5'980.892,60**, se considera que no hay lugar a modificar las prestaciones económicas aludidas, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, y se procederá a estudiar las demás razones de la impugnación.

Sostiene el apoderado de CAFESALUD E.P.S. que las incapacidades de Andrea Alexandra Bernal Caicedo, Yurley Bibiana Camacho Rúgeles, y María Angélica Ruiz Tique **no se encuentran transcritas** ante la E.P.S., por lo que, se procedió a verificar de manera rigurosa el expediente, para verificar si habían sido allegadas a juicio, no obstante, no fueron encontradas en el plenario; situación que ya había sido advertida por CAFESALUD E.P.S. quien adujo que no se registraban en el sistema, por lo que, no era procedente su pago al momento de contestar la demanda. En consecuencia, las incapacidades del 02 al 16 de noviembre de 2016 a favor de Andrea Alexandra Bernal Caicedo, del 03 al 12 de agosto de 2016 a favor de Yurley Bibiana Camacho Rúgeles, y 20 al 24 de junio de 2016 a favor de María Angélica Ruiz Tique, concedidas a favor de la actora serán restadas de la condena impuesta, (\$35'687.287- \$642.232- \$282.859 - \$73.772) y en consecuencia se **MODIFICARÁ** la sentencia en tal sentido, y se impondrá como condena la suma de **\$34'668.424**.

Por otra parte, se hace necesario verificar si está demostrado el **pago parcial o total de las incapacidades** de Marcela Arenilla Martínez del 30 de abril al 14 de mayo de 2017,

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

Nini Yohana Caicedo Ríos del 08 de febrero del 13 de junio de 2017, Jeffrey Saúl Cruz Riveros del 20 al 31 de enero de 2017, Keyla Alejandra Díaz Sierra del 07 de enero al 12 de mayo de 2017, Gloria García Barreto del 28 de abril al 04 de mayo de 2017, Yuleima Urrego del 04 al 06 de febrero de 2017, Martha Guaqueta Sierra del 24 de enero al 29 de mayo de 2017, Luis David Henao Manrique del 24 al 28 de noviembre de 2016, María Isabel Huertas Barreto del 15 al 17 de octubre de 2016, y de Joana Patricia Vásquez Figueroa del 02 de septiembre de 2016 al 04 de enero de 2017.

Al respecto, se hace necesario recordar que cuando se alega un pago el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

De esta manera, le correspondía a CAFESALUD E.P.S. allegar los correspondientes documentos que dieran cuenta del reconocimiento económico; no obstante, los comprobantes allegados con la contestación son ilegibles, lo que no permite establecer por qué concepto se pagaron.

Del mismo modo, no desconoce la Sala que se allegaron con la impugnación comprobantes de pago de incapacidades. Al punto, es necesario tener en cuenta que si bien el proceso sumario, goza de un procedimiento corto y expedito, ello no es óbice para desconocer el cumplimiento de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción dentro de la actuación, tal y como lo establece el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, al disponer:

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

“(…) La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.

En ese orden de ideas, el inciso 2° del párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece las etapas del proceso sumario de conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud, resaltándose que no se prevé expresamente la posibilidad de contestar la demanda, y sí que prevalecerá la informalidad, miremos:

“La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

No obstante, lo anterior no quiere decir que se puedan allegar pruebas en cualquier etapa del proceso, pues el inciso 4° del artículo 279 del C.G.P, dispone que los hechos sobrevinientes se pueden alegar a más tardar antes de los alegatos de conclusión. En tal sentido, y no existiendo este momento procesal en el proceso sumario, se entiende que se pudieron arrimar las constancias de las que se pretende derivar el pago, **hasta antes de que el A Quo dictara sentencia**. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL4221-2020**, señaló que:

“Los falladores de instancia no pueden ignorar aquellos hechos sobrevinientes al proceso que puedan impactar los requisitos o supuestos para acceder a las diferentes prestaciones establecidas en la ley. Así lo tiene explicado esta Corporación,

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2000, rad. 14214, reiterada en las sentencias SL16805-2016 y SL3707-2018, donde al respecto dijo:

[...] en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC en tanto prevé, en casos como el aquí estudiado la obligación del sentenciador de tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y allegado regularmente antes de que el expediente entre a despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

En este orden, por haberse satisfecho el requisito de la edad con posterioridad a la presentación de la demanda, se está ante un hecho sobreviniente que no puede desconocerse, además de tener respaldo normativo procesal en el artículo 281 del CGP, aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS”.

En el sub lite, se observa que el A Quo garantizó el debido proceso de CAFESALUD E.P.S., ya que le notificó la solicitud dirigida por la parte actora, y ésta tuvo la oportunidad de pronunciarse efectuando la contestación de la demanda, allegando las pruebas correspondientes para ejercer su derecho de defensa (medio óptico de folio 335).

Por otra parte, los documentos en que se fundamenta la impugnación son de fechas anteriores a la radicación de la contestación de la demanda, 24 de septiembre de 2018 (medio óptico de folio 335), pues los documentos con los que se argumenta el recurso de apelación, esto es, las relaciones de pago por transferencia detallada por proveedor, y extractos cuenta de ahorro, son de **noviembre de 2016, febrero, junio y julio de 2017**, (medio óptico de folio 335); no obstante, la sentencia por parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud se dictó el **31 de agosto de 2021**, de manera que, ante la posibilidad de allegarse antes de dictarse la sentencia primera instancia, no pueden tenerse como hechos sobrevinientes.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

En ese orden de ideas, no es posible estudiar los documentos allegados con la impugnación, para con ellos verificar si se logró acreditar el pago de los valores recobrados.

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se admitiera la posibilidad de tener en cuenta los aludidos documentos, la Sala tendría que concluir que si bien de éstos se logran extraer unos pagos por parte de CAFESALUD E.P.S. a favor de I.R.C.C. S.A.S. se desconoce por qué concepto se pagaron. En efecto, en cada uno de los pagos relacionados si bien se señala que obedecieron a licencias y/o incapacidades, así como están identificados con un número de radicado, lo cierto es que no existe prueba alguna de la que se pueda extraer que dicho radicado corresponda a cada trabajador de la empresa reclamante, por lo que en tales condiciones no resulta dable determinar fehacientemente si se reconocieron o no las prestaciones económicas que aquí se deprecian.

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el cumplimiento de la condena establecida en el numeral cuarto de la sentencia, esto es: "**ORDENAR** a CAFESALUD E.P.S. pagar la suma de \$35'687.287 con las actualizaciones monetarias correspondientes, en favor de I.R.C.C. S.A.S., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia", requiera a la demandada CAFESALUD E.P.S., para que suministre soportes adicionales que puedan otorgar certeza del pago de las prestaciones económicas que dicha entidad afirma haber realizado por medio de diferentes consignaciones; condena que como quedó visto será modificada en esta instancia, para imponer la suma de \$34'668.424.

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

Finalmente, y en relación con la **actualización de la condena** impetrada por el A Quo, considera la Sala que sí es dable imponer tal condena, pues contrario a lo que afirma la parte impugnante no se está frente a una sanción moratoria. En efecto, la indexación tiene como base el efecto de la inflación en el tiempo, de manera que con ello se busca garantizar que el dinero tenga el mismo valor equivalente al de hoy, en tal sentido, la indexación no representa ningún beneficio ni ingreso alguno para el acreedor, por lo que, no se está frente a una "sanción". Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2735-2020, señaló:

"Al efecto, vale rememorar la sentencia CSJ SL9316-2016, en donde se dijo que «la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional», fenómeno que afecta los créditos como el que se causó en el presente asunto, y frente a lo cual nunca ha existido por parte del legislador una prohibición que impida compensar esa desvalorización dineraria".

De esta manera, resulta procedente la indexación ordenada por el A Quo al verse desvaluado el valor de las prestaciones económicas que fueron objeto de condena.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de CAFESALUD E.P.S.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01
Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**
Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia en el sentido de establecer que CAFESALUD E.P.S. EN LIQUIDACIÓN debe pagar la suma de **\$34'668.424**, en favor de la INDUSTRIA DE RESTAURANTES CAUSALES S.A.S. debe pagar.

SEGUNDO - **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

TERCERO - Costas en esta instancia a cargo de CAFESALUD E.P.S.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00207 -01

Demandante: **INDUSTRIA DE RESTAURANTES CASUALES LTDA.-
I.R.C.C. LTDA.**

Demandado: **CAFESALUD E.P.S. Y MEDIMÁS E.P.S.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de CAFESALUD E.P.S.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00300 -01
Demandante: **ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 17 de junio de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA** promoviese en contra de **CAFESALUD E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende que SALUD TOTAL E.P.S. reconozca y pague por concepto de reembolso de gastos asumidos en la atención de su madre, Gabriela Lastra de Gómez, la suma de \$16'607.255, e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00300 -01
Demandante: **ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumenta:

- 1) Gabriela Lastra de Chávez, su madre, se encontraba afiliada a SALUD TOTAL E.P.S. en calidad de pensionada desde julio de 2014;
- 2) El 20 de marzo de 2017, Gabriela Lastra de Chávez comenzó a presentar dolor abdominal, por lo que es valorada en Medicadiz S.A., donde definen manejo intrahospitalario en unidad de cuidados intermedios con diagnóstico de pancreatitis aguda severa;
- 3) Los costos médicos fueron asumidos parcialmente por Allianz hasta el 27 de marzo de 2017, momento a partir del cual se solicitó a SALUD TOTAL E.P.S. la atención en salud de su madre;
- 4) SALUD TOTAL E.P.S. señaló que la actora se encontraba desafiliada, empero el descuento de su mesada pensional se seguía realizando;
- 5) SALUD TOTAL E.P.S. corrigió las inconsistencias y generó la autorización de servicios para Medicadiz, pero no asumió los gastos y autorizaciones de servicios del 27 al 31 de marzo de 2017, por lo que tuvo que cancelarlos directamente;
- 6) Su madre falleció el 13 de abril de 2017; y
- 7) Solicitó el reconocimiento de los gastos en que incurrió mediante derecho de petición, empero, tal requerimiento fue negado por parte de SALUD TOTAL E.P.S.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

SALUD TOTAL E.P.S. (fls. 82 a 89) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, de la improcedencia del reconocimiento de reembolso en gastos médicos de acuerdo con la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, ausencia de los presupuestos de origen legal para la procedencia del reembolso, reembolsos a tarifas SOAT, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada, del no cumplimiento del término para solicitar el reembolso de gastos médicos, si SALUD TOTAL E.P.S. accede al reconocimiento de reembolsos como es el caso sin que

se cumplan los requisitos legales se estaría incurriendo en una indebida destinación de recursos públicos, y la innominada o genérica.

Indicó que la solicitud de reembolso fue presentada de manera extemporánea, pues se presentó con posterioridad a los 15 días del alta médica; que no está demostrado que hubiera incurrido en ausencia de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la E.P.S. para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; que los reembolsos no deben realizarse conforme a tarifas privadas, sino de conformidad con las tarifas S.O.A.T.; que de accederse al reconocimiento del reembolso se estarían destinando indebidamente los recursos públicos, pues éstos serían cancelados por el Estado a través del sistema general de seguridad social en salud; y que por lo anterior, en caso que se ordene el reembolso, se deberá ordenar a la A.D.R.E.S. pagar a SALUD TOTAL E.P.S. la totalidad de costos en que incurra.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 17 de junio de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 128 a 136):

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** al reembolso solicitado por la actora en contra de SALUD TOTAL E.P.S.

TERCERO: ORDENAR a SALUD TOTAL E.P.S., reconocer y pagar a favor de la masa sucesoral de la actora, la suma de \$16'626.995, en forma indexada, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que el derecho a la salud es fundamental según la Organización Mundial de la Salud, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 48 constitucional,

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00300 -01
Demandante: **ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

así como se elevó a tal rango por parte de la Corte Constitucional; que los principios que guían la prestación del servicio de salud son los de oportunidad, eficiencia, calidad, integralidad, y continuidad; y que las personas de la tercera edad son sujetos de especial protección, por lo que la garantía del derecho a la salud debe reforzarse más en virtud de su alto grado de vulnerabilidad.

Expresó que la Ley 1122 de 2007 en consonancia con el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 establecen que es dable el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido un afiliado por concepto de atención urgencias en caso de ser atendido por una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S. cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; que conforme documental médica e informe requerido al galeno Hernando Enrique Quevedo Martínez, es posible establecer que el cuadro clínico de la señora Gabriela Lastra de Gómez era una urgencia, pues presentaba una pancreatitis aguda grave; que la extemporaneidad de un servicio no constituye un término prescriptivo; que la responsable en términos de calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación del servicio médico es SALUD TOTAL E.P.S.; que

Concluyó expresando que el valor por concepto de gastos de servicios médicos demostrados asciende a la suma de \$16'626.995, rubro que se debe reconocer actualizado; y que no se accederá al pago de intereses moratorios, ya que este es incompatible con la indexación.

IV. APELACIÓN

SALUD TOTAL E.P.S. adujo que dentro de la contestación de la demanda se interpuso las excepciones previas previstas en los numerales 4 y 6 del artículo 100 del C.G.P., sin embargo un pobre análisis sobre las mismas, pues la Superintendencia confunde los numerales invocados con una falta de legitimación

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00300 -01
Demandante: **ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

en la causa por activa; y que la Superintendencia Nacional de Salud no goza de las facultades ultra y extra petita, y en el asunto, en ningún momento se solicitó que el reembolso fuera incluido en la masa sucesoral, por lo que, al efectuarse tal condena, se está vulnerando el debido proceso.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si la demandante goza de capacidad y legitimación para solicitar el reembolso de los servicios médicos prestados a su madre, Gabriela Lastra de Gómez; y si es dable ordenar el pago de los servicios aludidos a favor de la masa sucesoral de Gabriela Lastra de Gómez.

CAPACIDAD PARA SER PARTE Y LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE QUIEN TIENE VOCACIÓN HEREDITARIA; Y CAPACIDAD PROCESAL.

SALUD TOTAL E.P.S. al contestar la demanda señaló que el artículo 100 del C.G.P. *“específicamente los numerales 4 y 6, tienen como fin que se acredite la capacidad y la legitimación en la causa del demandante para actuar en el proceso”*; luego, señala que *“el poder concedido a la Dra. Yenny Carolina Ortega Sánchez, fue otorgado por la señora Isabel Cristina Chávez Lastra, identificada con la CC 38.250.468; sin embargo, la prestación de*

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00300 -01
Demandante: **ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

los servicios de salud que pretenden ser reembolsados con la demanda, fueron prestados a la señora GABRIELA LASTRA DE CHÁVEZ”, “No existe en el plenario documental alguna que haya sido emitida por parte de entidad judicial o poder Especial y/o general que acredite a la señora YENNY CAROLINA ORTEGÓN SÁNCHEZ como representante de la señora GABRIELA LASTRA DE CHÁVEZ”, “La calidad de heredera tampoco es acreditada a través de gallo de juicio de sucesión; por lo cual es más que evidente que la señora YENNY CAROLINA ORTEGÓN SÁNCHEZ no ostenta facultades de representante de la señora GABRIELA LASTRA DE CHÁVEZ”.

Sentadas las anteriores premisas, se hace menester rememorar lo que el numeral cuarto del artículo 100 del C.G.P. hace alusión a que se puede proponer como excepción previa la “incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado”, y el numeral sexto, “No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar”.

De esta manera, para la Sala es claro que los argumentos que fueron presentados en su momento como excepción previa y que ahora fueron traídos en la impugnación, giran en torno a dos aspectos: **i)** la posibilidad que tenía la señora Isabel Cristina Chávez Lastra de incoar la acción, en otros términos su legitimación en la causa por activa; y **ii)** la posibilidad que tenía la señora Isabel Cristina Chávez Lastra de otorgar poder a la Dra. Yenny Carolina Ortegaón Sánchez para fungir en este proceso para lograr el reconocimiento de los gastos médicos en que incurrió Gabriela Lastra de Chávez.

Frente al **primer punto**, lo primer que debe aclararse es que la **capacidad para ser parte** está ligada a la capacidad jurídica, es decir, la aptitud que se tiene para ser sujeto de derechos y

obligaciones, lo que está supeditado a la necesaria existencia. Ha de destacarse, no obstante, que en modo alguno esta se puede confundir con la capacidad de obrar, referida a la facultad de ejercer esos derechos y obligaciones sin el auxilio de un tercero, que procesalmente equivale a la capacidad procesal y que determina la posibilidad de realizar actos procesales, directamente o a través del representante o apoderado.

Conforme a lo dicho, esa capacidad de las personas naturales es predicable, en línea de principio, desde el momento mismo del nacimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 del C.C., en el cual se reconoce la existencia legal de una persona desde ese preciso instante, sin menoscabo de que en algunos eventos se admita en favor del que está por nacer.

Correlativamente, en las personas naturales esa capacidad se extingue con la muerte, sea real o presunta, conforme lo dispone el artículo 94 del C.C., por lo que, cuando una persona fallece, su capacidad para ser parte en un proceso también fenece, tal y como se desprende del artículo 94 del C.C., de manera que, pese a que las masas patrimoniales, no tienen personalidad jurídica, y por ende carecen de capacidad para ser parte, se ha admitido la posibilidad de que éstas puedan comparecer a juicio para solicitar la tutela jurídica de sus derechos e intereses, ora de aptitud para ser demandados por quienes resulten afectados por ellos, como es el caso de las masas concursales o patrimoniales que carezcan de un titular, la comunidad de bienes, la herencia yacente, los patrimonios autónomos, por mencionar algunos; lo que pueden hacer a través de sus representantes, o de herederos, en lo que interesa al caso.

Por otra parte, la **legitimación en la causa**, “*consiste en ser la persona que la ley faculta para ejercitar la acción o para resistir la misma, por lo que concierne con el derecho sustancial y no al procesal, conforme lo tiene decantado la jurisprudencia (SC4468-2014).*”

En ese orden de ideas, la legitimada en la causa para convocar en juicio en caso de muerte de una persona natural, al perder ésta su capacidad para su parte se entendería que recae en la universalidad de bienes del difunto, no obstante, al no poder actuar de manera directa al carecer de capacidad de derecho, quien actúa a su nombre son sus herederos, mientras no se verifique su liquidación y adjudicación en cabeza de los asignatarios, esto es, en tanto permanezca en indivisión. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SC2215-2021, señaló:

“Es así como al estudiar la problemática adoctrinó:

«En relación con estos patrimonios, anota Enrico Redenti, en su obra Derecho Procesal tomo I, páginas 166, 167 y 168, lo siguiente: “Hay también como lo hemos indicado otros casos en que se prevé y se organiza una administración autónoma para la gestión o a veces también para la liquidación, de determinados patrimonios destinados a fines u objetivos previamente establecidos (entre los cuales puede estar también la satisfacción de un grupo de acreedores.

Hay también otros casos en que se organiza una administración para asegurar la conservación de patrimonios o de bienes, mientras se ignora o es incierto o controvertido quién sea el verdadero y efectivo titular de ellos. En todos estos casos, los actos de disposición y de ejercicio de los derechos patrimoniales no pueden llevarlos a cabo sino quienes estén investidos del cargo, función, cometido o misión de administrar. Y éstos últimos, a su vez, no actúan como legales representantes sino en su carácter y en calidad de gestores, autónomos y auto deliberantes, en función de aquellos objetivos intereses previamente establecidos o de los intereses del titular del desconocido o incierto... De ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en juicio a nombre propio, ni con el estar en juicio a nombre ajeno...”.

Como ejemplo del primer grupo de casos incluye la curaduría de la herencia yacente, y la sindicatura de la quiebra, y del segundo, la herencia. Añade que todos estos casos, tienen características propias, pero también presentan algunos aspectos comunes, entre otros este: “Que sujetos activos y pasivos (partes) de las acciones correspondientes al patrimonio y a los bienes, vienen a serlo, en lugar y en vez de los titulares, los gestores o administradores, o también (segundo grupo de casos), que continúen sin duda siendo los titulares, pero en un carácter o calidad distinto y por intereses (total o parcialmente) ajenos (y no sólo propio de ellos). Y sólo ellos pueden legítimamente estar en juicio en carácter y calidad de tales”.

Demandante: **ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Luego dice: "Aquí sucede precisamente que para proteger la destinación o la finalidad, bien por la imposibilidad de identificar al titular del derecho, bien por interferencia de intereses ajenos protegidos por la ley, el titular del derecho no es ya titular de la acción y ésta se confiere o transfiere en cambio al gestor en razón de su oficio, después de lo cual, si el gestor como tal desciende a la arena para hacerla valer (o para defenderse de ataques ajenos), no se puede decir ni que esté en juicio en nombre propio (ya que no responde personalmente) ni que esté en juicio en nombre de otro (ya que no hay tras de él un sujeto, persona física o jurídica, de quien sea representante). Surge más bien de ahí un tertium genus, que es el de estar en juicio en razón de un cargo asumido en calidad particular de tal manera que decir que en los casos previstos, y concretamente en el de la sucesión hereditaria, los herederos asumen el carácter de parte, por activa o por pasiva, no personalmente, ni como representantes de una entidad que carece de personería jurídica no por la calidad de herederos de quienes están investidos, y que desde luego debe aparecer comprobada en el proceso, en cuanto a la vocación y a la aceptación se refiere. Lo que indica, como lo anota el autor citado, que existe una tercera categoría dentro del presupuesto procesal, capacidad para ser parte, que es precisamente el caso de quien comparece en nombre propio, ni en representación de otro, sino por virtud del cargo o calidad, es decir, en el evento contemplado, por ser heredero. Por ende, queda demostrado que todo lo relativo a este aspecto de la cuestión pertenece al campo procesal y no al sustancial, vale decir, que corresponde a uno de los presupuestos del proceso y no a una de las condiciones de la acción civil, como se había venido considerando por la doctrina. De lo cual se infiere que la ausencia de prueba sobre el carácter de heredero, implica sentencia inhibitoria, con consecuencias de cosa juzgada formal, y no sentencia de mérito, con consecuencia de cosa juzgada material" (CSJ SC 21 de jul. de 1969).

Surge de lo anterior, que por causa de la universalidad que se conforma tras el fallecimiento real o presunto de un individuo, este patrimonio por sí mismo carece de capacidad para ser demandante o demandado, y mientras no se verifique su liquidación y adjudicación en cabeza de los asignatarios, esto es, mientras permanezca en indivisión, serán los herederos los legitimados por activa o por pasiva para actuar en favor de la herencia o responder por sus cargas y, en ese orden, «el presupuesto capacidad para ser parte demandante o demandada sólo se da cuando se aduce la prueba de la calidad de heredero de quien a este título demanda o es demandado...»(CSJ SC de jul. 3 de 2001. Exp. 6809)". (Negrillas por la Sala).

Por tanto, quienes gozan de legitimación en la causa para incoar la acción a nombre de una universalidad de bienes como es una sucesión, son los herederos; lo que no descarta que se pueda solicitar algún derecho únicamente por la totalidad o por uno de ellos, pues basta con que ésta tenga **vocación hereditaria**

para incoar la demanda, lo que el juzgador debe entenderlo como a nombre de la universalidad de bienes del difunto; recuérdese que una interpretación distinta se encausaría en un excesivo ritual manifiesto, tal y como lo asentó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia STL4746-2021, en la que explicó:

“Con fundamento en lo anterior, esta Sala encuentra que el razonamiento del tribunal es desatinado, puesto que el demandante sí acreditó su vocación hereditaria, al demostrar su parentesco con el causante, de donde surge palmario que en un apego excesivo de las formas, el *ad quem* desconoció los derechos sustanciales del accionante, al hacer suyos los argumentos del *a quo* que declaró probada de oficio, la excepción de *«falta de legitimación por activa»*, desconociendo la calidad de heredero del accionante, la cual no solo invocó en el poder, demanda y reforma sino que demostró con el registro civil de nacimiento, haciendo restrictivo el derecho que le asiste porque en criterio del Tribunal la demanda debió estar encaminada al reconocimiento de las prestaciones económicas en cabeza de la sucesión del causante y no en nombre propio.

Actuar con el que, sin duda, trasgredió el debido proceso judicial al no interpretar la demanda formulada por la accionante, toda vez que al haber manifestado en los actos ya referidos, que actuaba en *«calidad de heredero del señor Ramón Ordóñez Pérez»*, se entendía que no reclamada para sí el reconocimiento y pago del retroactivo pensional debidamente indexado, sino para la sucesión de su progenitor, situación que pudo haber dispuesto el juez colegiado tanto en la parte motiva como resolutive del fallo reprochado, ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, *«en todos los eventos en que el sentenciador se encuentre ante una demanda oscura, vaga o imprecisa, está en el deber de interpretarla, teniendo en cuenta todo el libelo y el cuidado de no alterar sus factores esenciales, a fin de descubrir la auténtica intención del suplicante»*.

En cuanto al **segundo punto**, como quedó visto, la **capacidad procesal** es la facultad que se tiene para ejercer derechos y obligaciones sin el auxilio de un tercero, lo que determina la posibilidad de realizar actos procesales, directamente o a través del representante o apoderado; de modo que, si se hace mediante mandatario, se deberán acreditar los requisitos del poder especial que establece el artículo 74 del C.G.P

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i) Isabel Cristina Chávez es hija de Gabriela Lastra de Chávez (fl.34).
- ii) Gabriela Lastra de Chávez falleció el 13 de abril de 2017 (fl.35).
- iii) El 24 de mayo de 2019, la demandante presentó demanda por los gastos médicos que sufragó su madre, Gabriela Lastra de Chávez, previo a su fallecimiento, esto es, por los gastos del 27 al 31 de marzo de 2017 (fls.1 a 6).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que la parte actora debió estar constituida por la señora Gabriela Lastra de Chávez, no obstante, ante su fallecimiento, quien resultaría parte, es la universalidad de bienes de ésta, que como quedó visto, actuaría a través de sus herederos.

Ahora, en juicio tenemos que quien acude a presentar la demanda fue la señora ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA, quien como quedó visto, es la hija de la señora GABRIELA LASTRA DE CHÁVEZ, por lo que en tales condiciones el entendimiento correcto que se debe dar a la demanda es que ésta actúa en nombre de la universalidad de bienes, es decir, de la masa sucesoral; recuérdese que la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia de vieja data, esto es, a través de la sentencia del 12 de diciembre de 1936 (T. XLVII. Pag. 483), ha señalado que *“la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante”*, premisa jurídica que ha sido acogida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien en sentencias como la del 14 de febrero de 2005, Rad. 22923, y 22 de noviembre de 2017, SL19488-2017, ha señalado que tal expresión no es más que la protección de los principios que orientan la observancia del derecho sustancial por encima de las formas, dentro del marco

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00300 -01
Demandante: **ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA.**
Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

del debido proceso a que se contraen los artículos 29, 228 y 230 de la carta política de 1991.

Por tanto, la Sala entiende que la demanda es presentada por la señora ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA en nombre de la masa sucesoral de la señora GABRIELA LASTRA DE CHÁVEZ al tener vocación hereditaria, por lo que, en tales condiciones goza tanto de capacidad para ser parte como de legitimación en la causa por activa, pues conforme a la jurisprudencia expuesta en precedencia (STL4746-2021), un entender distinto devendría en excesivo ritual manifiesto.

En consideración a ello, ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA podía otorgar poder a la Dra. Yenny Carolina Ortega Sánchez, quien goza de capacidad procesal al ostentar la calidad de abogada, y quien inclusive exhibió ante la Notaría Segunda de Ibagué su tarjeta profesional al momento de suscribir el poder que le fue otorgado por quien funge como demandante (fls.8 y 9).

De esta manera, se considera acertada la decisión del A Quo de tener como parte actora a la masa sucesoral de GABRIELA LASTRA DE CHÁVEZ, la que está representada en juicio por la heredera ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA, quien a su vez otorgó poder a la Dra. Yenny Carolina Ortega Sánchez, misma que goza de capacidad para obrar.

Finalmente, y en cuanto a la impugnación relativa a que la Superintendencia Nacional de Salud no goza de las facultades ultra y extra petita, y que en ningún momento se solicitó que el reembolso fuera incluido en la masa sucesoral, como quedó visto, el entendimiento que debe realizar del juzgador de la demanda es que quien solicitó el pago de los gastos médicos fue la universalidad de bienes, quien perfectamente podía estar representada por la totalidad de herederos o por uno solo de ellos, por lo que, la condena impuesta por parte del A Quo se encuentra ajustado a la jurisprudencia aludida.

Demandante: **ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

Finalmente, se hace necesario esclarecer que la Superintendencia Nacional de Salud sí goza de las **facultades ultra y extra petita**, pues actúa como autoridad judicial y como juzgador de primera instancia en este asunto; recuérdese que las facultades aludidas están en cabeza del juez de única o de primera instancia. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4487-2021, manifestó:

“Respecto de la última inconformidad del ataque, esto es, la atinente a la falta de aplicación de las facultades *extra o ultra petita* por parte del fallador de segundo grado – Art. 50 CPTSS-, para también negarle la razón a la censura, basta con recordarle que las mismas se encuentran reservadas al juez de única y primera instancia, quienes son los llamados a utilizarlas, por regla general, en tanto, el juzgador de alzada tan solo podrá hacerlo de manera excepcional, cuando la omisión del *a quo* en su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados (CSJ SL3850-2020)”.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00300 -01

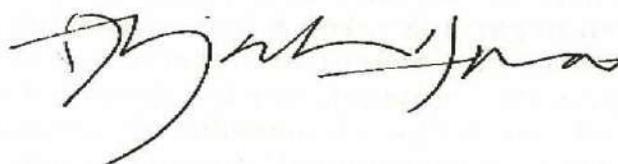
Demandante: **ISABEL CRISTINA CHÁVEZ LASTRA.**

Demandado: **SALUD TOTAL E.P.S.**

SEGUNDO. -.- Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

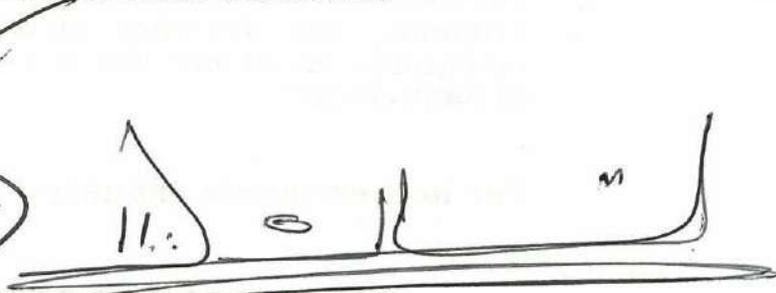
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00345 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
CATASTRO DISTRITAL.**
Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderado de COMPENSAR E.P.S. en contra de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que promoviese **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL** en contra de **COMPENSAR E.P.S.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte demandante pretende obtener el reconocimiento de la suma de \$248.003 por concepto de incapacidad junto con los correspondientes intereses moratorios e indexación.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00345 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL.**
Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

Como fundamento de las pretensiones, la activa argumentó que: **1)** Jasmith Alexis Tamayo Barrera fue nombrada y posesionada mediante Resolución 0868 del 08 de agosto de 2012 y el Acta de Posesión 139 del 09 de agosto de 2012; **2)** El 11 de enero de 2016, le fue expedida incapacidad a Jasmith Alexis Tamayo Barrera del 11 al 13 de enero de 2016; **3)** El 15 de enero de 2016 fue radicada la incapacidad por parte de la trabajadora, y en consecuencia la pagó el 29 de febrero de 2016; y **4)** El 27 de mayo de 2016 solicitó el recobro de la incapacidad a COMPENSAR E.P.S., quien no ha emitido respuesta.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas contestaron en los siguientes términos:

CAFESALUD E.P.S. (fls. 11 y 12) se opuso a las pretensiones de la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Manifestó que la prestación fue realizada por un prestador no adscrito a la E.P.S., AXXA COLPATRIA; y que de efectuarse condena, se debe tener en cuenta que los dos primeros días de la incapacidad, están a cargo del empleador.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud (fls. 22 a 25), puso fin a la primera instancia mediante providencia del 19 de agosto de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

(...) **SEGUNDO: ACCEDER** a la pretensión de la demanda presentada por el demandante en contra de COMPENSAR E.P.S.

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL.**

Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

TERCERO: ORDENAR a COMPENSAR E.P.S., el reconocimiento y pago de la suma de \$248.012, con las actualizaciones monetarias correspondientes, a favor de la accionante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

En síntesis, refirió que el término para agotar el trámite de la transcripción ante la E.P.S. es de tres años; que el médico asistencial del paciente, indistintamente si se encuentra adscrito o no a la red de la E.P.S., ostenta la calidad de médico tratante, y en consecuencia puede expedir los días de incapacidad que considere suficientes y necesarios para la recuperación del usuario, sin que la E.P.S. pueda objetar tal diagnóstico; que es un contrasentido que el usuario renuncie a los beneficios de su plan voluntario de salud, es por ello, que el trámite a seguir es el de transcripción de la incapacidad; que para que haya lugar a la incapacidad se debe cotizar un mínimo de cuatro semanas en forma completa e ininterrumpida, así como no existir mora por dos periodos consecutivos de cotizaciones, requisitos que cumplía la trabajadora Jasmith Alexis Tamayo Barrera; y que por concepto de incapacidad de un día, le corresponde a la E.P.S. pagar la suma de \$248.012,40, pues la trabajadora tiene un salario de \$11'160.000.

IV. APELACIÓN.

COMPENSAR E.P.S. (medio óptico de folio 5), adujo que para que haya lugar a reconocer una incapacidad es necesario que sea emitida por el médico tratante de la red de servicios de la E.P.S., debiéndose en caso contrario, efectuar el correspondiente trámite de transcripción

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL.**

Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el problema jurídico se circunscribe a determinar si hay lugar a ordenar a la COMPENSAR E.P.S. el pago de la incapacidad laboral generada a favor de Jasmith Alexis Tamayo Barrera, trabajadora de la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital.

LA INCAPACIDAD MÉDICA LABORAL Y SU TRANSCRIPCIÓN.

La incapacidad laboral es aquella que afronta un trabajador como consecuencia de una enfermedad o un accidente, puede ser de origen común o de origen laboral, temporal o permanente, y genera un auxilio económico a aquel al trabajador que la padece mientras esté incapacitado.

Ahora bien, de conformidad con lo preceptuado por la Ley 100 de 1993, y en especial, el Decreto 780 de 2016, que compiló lo normado en el Decreto 1406 de 1999, regulador del tema relacionado con los aportes al sistema, el empleador, en calidad de aportante, tiene la obligación del pago total de los aportes al sistema de Seguridad Social Integral durante toda la vigencia del contrato de trabajo, lo que de suyo incluye el tiempo en que el trabajador esté incapacitado (art. 2.2.1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016).

Así las cosas, cuando el trabajador padece de una enfermedad de origen común o profesional y, por ende, se vea incapacitado para prestar personalmente sus servicios al empleador, los sub sistemas respectivos entran a cubrir la

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00345 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
CATASTRO DISTRITAL.**
Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

contingencia, siempre y cuando el empleador haya cumplido su obligación de efectuar los aportes; en estos casos, lo que recibe el trabajador es un auxilio por incapacidad, que es una prestación económica reconocida por la E.P.S. o A.R.L. según sea el caso, a sus afiliados no pensionados por todo el tiempo que estén inhabilitados temporalmente para prestar el servicio.

De esta manera, es claro que está en cabeza de las entidades de seguridad social el reconocimiento y pago de los auxilios por incapacidad, por lo que para establecer cuál es el rol del empleador en el trámite de tales prestaciones, es necesario remitirse al artículo 121 del Decreto 019 de 2012, que aduce:

“Artículo 121. 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 la norma transcrita se desprende que, en cabeza del empleador está radicado el deber de adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades de sus trabajadores, regla que sólo aplica frente a las incapacidades concedidas a partir del día tercero, ya que los dos primeros días, están en cabeza del empleador, sea público o privado, según el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 modificado por el Decreto 2943 de 2013, que dispone:

“PARAGRAFO 1o. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00345 -01

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL.**

Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado (Negrillas por la Sala).

Por otra parte, y en relación con la **transcripción**, es necesario recordar que es considerado como el acto mediante el que 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 a la EPS; este hecho debe registrarse en la historia clínica del paciente, anexando a ésta, los documentos que soportan el acto. Al punto, el artículo 17 de la Resolución 2266 de 1999 establece:

“ARTICULO 17. DE LA TRANSCRIPCION DE CERTIFICADOS. Se entiende por transcripción 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.** Este hecho debe registrarse en la la historia clínica del paciente, anexando a ésta, los documentos que soportan el acto”.

Así mismo, en sentencia T-279 de 2012, la H. Corte Constitucional explicó :

«Antes de la entrada en vigencia del Decreto 19 de 2012, el afiliado incapacitado debía acercarse a la EPS correspondiente, para transcribir la incapacidad expedida por su médico tratante. Una vez obtenido el documento oficial de la EPS, debía allegarlo a su empleador para que este hiciera efectivo el pago de la incapacidad. Luego, el empleador recobraba a la entidad promotora de salud respectiva.

El Decreto 19 de 2012, en su artículo 121, dispuso:

(...) Dicho artículo, liberó a los afiliados incapacitados del trámite de la transcripción del certificado de incapacidad, trasladándolo al empleador. Ahora, el trabajador tramita la incapacidad directamente con el empleador y éste debe hacer efectivo el pago. Luego, el empleador debe radicar o transcribir dicha incapacidad ante la EPS correspondiente, para hacer efectivo el recobro de lo pagado al trabajador.»

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL.**

Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

No obstante, según Concepto del Ministerio de Salud 201611600649671 del 14 de abril de 2016, no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye la transcripción de incapacidades, lo que trae como consecuencia que ésta se realice bajo los parámetros establecidos por las E.P.S., según las oportunidades y mecanismos que determinen su aceptación, de modo que es la E.P.S. en virtud de su autonomía, quien establecerá si transcribe o no las incapacidades y las condiciones en que lo hará. Al punto, señala:

“Hecha la aclaración anterior, vale la pena reiterar lo mencionado por este Ministerio en diferentes conceptos jurídicos, en cuanto a que **no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye, la transcripción de incapacidades**, no obstante, siempre, por ésta se ha entendido como aquel trámite en virtud del cual la EPS traslada al formato oficial de la entidad el certificado expedido por el odontólogo o médico en ejercicio legal de su profesión, pero no autorizado por la Entidad Promotora de Salud para hacerlo. En este evento, si la EPS decide transcribir la incapacidad emitida por una institución ajena a su red de prestadores de servicios, esta deberá reconocer la prestación económica derivada de la misma, en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015.

(...) Sobre el particular, debe advertirse que no existe una norma que regule de forma expresa la transcripción de incapacidades, en este caso, como ya se ha señalado, **será entonces la Entidad Promotora de Salud en virtud de su autonomía, quien establecerá si transcribe o no las incapacidades y las condiciones en que lo hará”.**

De esta manera la E.P.S. goza de autonomía para determinar si transcribe la incapacidad emitida por una institución o profesional ajeno a su red de prestadores de servicios, no obstante, ello no quiere decir *per se* que la E.P.S. no deba reconocer la prestación que se solicita sea objeto de transcripción, como quiera que conforme a la sentencia T-760 de 2008, el ámbito de protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, son aquellos que la persona requiere, según el **médico tratante**, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas; y que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL.**

Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido. Sobre el tópico, la sentencia en mención señaló:

“No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’, incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados”.

Así las cosas, el concepto de un médico que trata a una persona puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito en los términos expuestos.

DEL CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso:

- i)** Jasmith Alexis Tamayo Barrera se encuentra afiliada a Compensar E.P.S. (fl.13).
- ii)** Jasmith Alexis Tamayo Barrera ingresó a laborar al servicio de la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital el 09 de agosto de 2012 (medio óptico de folio 5).

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL.**

Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

- iii) AXA COLPATRIA MEDICINA PREPAGADA S.A. determinó que Jasmith Alexis Tamayo Barrera presentaba una infección de vías urinarias, por lo que, profirió incapacidad del 11 al 13 de enero de 2016; la que fue radicada por la trabajadora el 15 de enero de 2016, y fue pagada por el empleador con la nómina de febrero de 2016 (medio óptico de folio 5).
- iv) El 27 de mayo de 2016, recobró ante COMPENSAR E.P.S. la incapacidad de Jasmith Alexis Tamayo Barrera (medio óptico de folio 5).

Sentado lo anterior, y de un análisis integral de las probanzas referidas, lo primero por indicar es que existe una negativa de la E.P.S. en reconocer la incapacidad de Jasmith Alexis Tamayo Barrera, por cuanto esta no fue objeto de transcripción.

Al respecto, una vez efectuado el recobro por parte del empleador, COMPENSAR E.P.S. **gozaba de la autonomía para transcribir o no la orden del médico tratante**, pues éste era ajeno a su red de servicios, sin embargo, ello no quiere decir, que se abstenga del reconocimiento de la prestación, pues conforme a la sentencia T-760 de 2008, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.

En el sub lite, no se observa que COMPENSAR E.P.S., una vez le fue allegada la incapacidad de la trabajadora Jasmith Alexis Tamayo Barrera, hubiera descartado la incapacidad por razones científicas. Por tanto, considera la Sala que ante la ausencia de valoración de la E.P.S. de los motivos médicos que

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00345 -01

Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CATASTRO DISTRITAL.**

Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

llevaron a la incapacidad de Jasmith Alexis Tamayo Barrera, hay lugar a reconocer esta prestación, pues sobrepasó dos días, estando a cargo de la E.P.S. únicamente el día tercero, de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 modificado por el Decreto 2943 de 2013; misma conclusión a la que arribó el A Quo.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00345 -01
Demandante: **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
CATASTRO DISTRITAL.**
Demandado: **COMPENSAR E.P.S.**

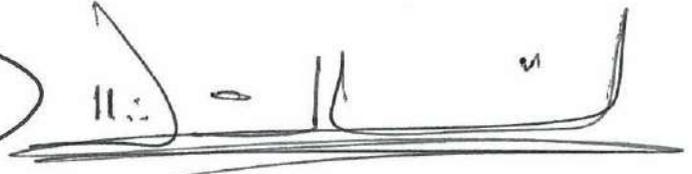
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00383 -01
Demandante: **ANDREA MANCIPE ACUÑA.**
Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (magistrada ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por los apoderados de las partes en contra de la sentencia proferida el 11 de marzo de 2021 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso sumario que **ANDREA MANCIPE ACUÑA** promoviese en contra de **FAMSISANAR E.P.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende el reconocimiento de la suma de \$702.420 por concepto de atención de urgencias, continuidad de tratamientos, medicamentos e insumos en tutela no dispensados por

FAMISANAR E.P.S.; y que se ordene la apertura del proceso administrativo por la conducta dolosa de la E.P.S.

Como fundamentos de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Es mujer cabeza de hogar, tiene persona en situación de discapacidad a su cargo; **2)** Ostenta la custodia del señor Víctor Julio Mancipe Rosas, quien es su padre, tiene 69 años, sufre de discapacidad múltiple de más del 80%, y es dependiente total; **3)** En virtud de la condición de salud de su padre, el 01 de diciembre de 2017, el Juzgado 40 Civil Municipal de Oralidad de Bogotá estableció que a éste se le debía reconocer un tratamiento integral de conformidad con lo que fuera ordenado por el médico tratante; **4)** A su padre le han sido formulados diversos medicamentos, tales como crema de acetato de aluminio, crema anti escaras, pañitos húmedos, y pañales talla M, sin que estos sean suministrados por la E.P.S.; y **5)** Padece de glaucoma bilateral, insomnio, síndrome de burnout y migraña, motivo por el que le ha sido formulado gotas oftalmológicas flometol antibiótico y antiinflamatorio, melatonina circadin.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

FAMISANAR E.P.S. (medio óptico de folio 32) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa la excepción de mérito que denominó, no procedencia al reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular, por no cumplimiento de los requisitos de ley.

Indicó que al demandante se le han generado las correspondientes autorizaciones, teniendo en cuenta la patología que padece; que las facturas 81104, 84973, y 81098, fueron negadas, ya que, la demandante compró los medicamentos, pero posteriormente fueron dispensados; que frente a la factura

Demandante: **ANDREA MANCIPE ACUÑA.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

81098, la actora presentó órdenes alteradas, lo que generó una tardanza en su suministro, y se tuvo que presentar denuncia contra ella, son de aseo o cosméticos, por lo que, no podían ser cubiertos por ellos; que ante acción de tutela presentada ante el Juzgado 20 Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, se vio obligada a reconocer artículos de aseo o cosméticos, como los pañitos húmedos y la crema marly, empero, desde el 08 de noviembre de 2018; que frente a la factura 86438 aún están en términos para efectuar su reconocimiento; que la factura 71137 ya aprobada y se hará su pago; y que por parte de la E.P.S. no existió incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada ni negligencia demostrada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la primera instancia mediante providencia del 11 de marzo de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos (fls. 16 a 25):

(...) **SEGUNDO: ACCEDER PARCIALMENTE** a la pretensión formulada por la actora, en contra de FAMISANAR E.P.S.

TERCERO: ORDENAR a FAMISANAR E.P.S., reconocer y pagar a favor de la actora la suma de \$425.600, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

En síntesis, refirió que el derecho a la salud es fundamental y se elevó a tal rango por parte de la Corte Constitucional en concordancia con el artículo 48 constitucional.

Indicó que si bien los pañitos húmedos y las cremas humectantes son tecnologías son servicios excluidos en salud, las que han sido ordenadas por tutela debe ser reconocidas por la autoridad competente; y que lo anterior, deviene en un tratamiento negligente e irresponsable de la E.P.S., no siendo

suficiente autorizar el tratamiento, sino siendo su obligación reconocer de manera efectiva los insumos que se requieren para proteger la salud del paciente.

Agregó que el señor Víctor Mancipe es un adulto mayor, y que en consecuencia, tenía una protección reforzada; que no se precisa el pago de la factura 71137; y que se ordenará el reconocimiento de los insumos que efectivamente fueron pagados por la accionante, pues frente a los pañales y el medicamento Melatonina Circadin no obran facturas que soporten su pago.

IV. APELACIÓN

PARTE ACTORA (medio óptico de folio 32).

Manifestó que debían ser reconocidas la totalidad de las pretensiones, como quiera que sí fueron aportadas las facturas de los pañales talla M y el medicamento Melatonina Circadin.

FAMISANAR E.P.S. (medio óptico de folio 32).

Señaló que las facturas 81104, 84973, y 81098, fueron negadas, ya que, la demandante compró los medicamentos, pero posteriormente fueron dispensados, sin que se observe que se está frente a una urgencia; que frente a la factura 81098, la actora presentó órdenes alteradas, lo que generó una tardanza en su suministro, y se tuvo que presentar denuncia contra ella; que los insumos de las facturas 81133, 81105, y 81135, son de aseo o cosméticos, por lo que, no podían ser cubiertos por ellos; que ante acción de tutela presentada ante el Juzgado 20 Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, se vio obligada a reconocer artículos de aseo o cosméticos, como los pañitos húmedos y la crema marly, empero, desde el 08 de noviembre de 2018; que frente a la factura 86438 aún están en términos para efectuar su reconocimiento; que la factura 71137 ya aprobada y se hará su

pago; y que por parte de la E.P.S. no existió incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada ni negligencia demostrada.

V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado.

Igualmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable ordenar el reembolso de los servicios médicos ordenados a su padre, Víctor Julio Mancipe Rosas.

REEMBOLSO DE INSUMOS.

Las Entidades Promotoras de Salud- E.P.S. cumplen la **función de aseguradoras** en salud, pues son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación del servicio de salud, ya que son las encargadas de asumir el riesgo transferido por el usuario, tal y como lo establece el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, norma que además señala que, las E.P.S. en cada régimen son las responsables de cumplir con funciones indelegables del aseguramiento. La aludida norma establece:

“ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo; la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo

transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento (...)"

Así mismo, el Congreso profirió la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud en sus dos facetas: (Art. 2) como derecho y como servicio público. En este desarrollo legislativo se consagró, de un lado el derecho a la salud como fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo, y de otro, como servicio público esencial y obligatorio, el cual **debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.**

Por su parte, la H. Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, como lo es la sentencia T- 418 de 2013, ha expuesto que el derecho a la salud debe prestarse de manera **integral**, esto es, con el debido cumplimiento de los procedimientos, medicamentos y tratamientos prescritos por el médico tratante, conforme al literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993. De modo que, el goce efectivo del principio de integralidad requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, so pena de poderse menoscabar el derecho a la vida en condiciones dignas.

Por lo anterior, la integralidad comprende un conjunto de circunstancias: cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que se valore como necesario para el pleno

Demandante: **ANDREA MANCIPE ACUÑA.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.

Ahora bien, y para que proceda el reembolso de los servicios médicos requeridos, es necesario tener en cuenta que el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, establece:

“ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. <Ver Notas del Editor> Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de **incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto”.

En igual sentido, el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, reza:

“b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.

2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.

3. En los eventos de **incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia** demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”.

De igual manera, en sentencias T-801 de 1998, T-1178 de 2008, T-352 de 2010, T-925 de 2011, T-024 de 2014, T-252 de 2017, y T-066 de 2020, por mencionar algunas, se desarrolló un criterio encaminado a **proteger de manera especial y reforzada a los adultos mayores**, en el que la protección al derecho fundamental a la salud se provee de manera reforzada, en virtud del principio de igualdad y por la vulnerabilidad de los sujetos enunciados. Así, la omisión de las entidades prestadoras del servicio de salud, la falta de atención médica o la imposición de barreras formales para acceder a las prestaciones hospitalarias que se encuentren dentro del POS que impliquen grave riesgo para la vida de personas en situación evidente de indefensión, son circunstancias que no se pueden sobrellevar, cuando la entidad tiene el deber de aseguramiento.

En la sentencia T-066 de 2020 estableció:

*“Los artículos 13 y 46 de la Constitución Política reconocen como elemento fundamental del Estado Social de Derecho, la necesidad de otorgar una especial protección a ciertos sujetos que, por sus condiciones de manifiesta vulnerabilidad, pueden ver restringidas sus posibilidades en la consecución de una igualdad material ante la Ley. En ese orden, ha considerado la propia jurisprudencia constitucional que los **adultos mayores deben ser considerados como sujetos de especial protección constitucional en tanto integran un grupo vulnerable de la sociedad dadas las condiciones físicas, económicas o sociológicas que los diferencian de los otros tipos de colectivos.***

*Sobre el particular, ha estimado este Tribunal que los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo pueden representar para quienes se encuentran en un estado de edad avanzada un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de sus derechos fundamentales en relación con las condiciones en que lo hacen las demás personas. Todo esto, ha precisado la jurisprudencia, no supone aceptar que **las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que, en atención a sus condiciones particulares pueden llegar a experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos.** Al respecto, señaló la Corte en sentencia T-655 de 2008 lo siguiente:*

(...)

Bajo esa línea, resulta imprescindible que el Estado disponga un trato preferencial para las personas mayores con el fin de propender por la igualdad efectiva en el goce de sus derechos. En miras de alcanzar dicho propósito, se requiere la implementación de medidas orientadas a proteger a este grupo frente a las omisiones o acciones que puedan suponer una afectación a sus garantías fundamentales, generando espacios de participación en los que dichos sujetos puedan sentirse incluidos dentro de la sociedad y puedan valorarse sus contribuciones a la misma. En palabras de la Corte:

(...)

Ahora bien, cabe destacar que mediante numerosos pronunciamientos en la materia, esta Corporación ha hecho especial hincapié en que la condición de **sujetos de especial protección constitucional en lo que respecta a los adultos mayores adquiere mayor relevancia cuando: (i) los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o (ii) está presuntamente afectada su “subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital entre otros.** Así, le corresponde a las autoridades y, particularmente, al juez constitucional obrar con especial diligencia cuando se trate de este tipo de personas, pues, en atención a sus condiciones de debilidad manifiesta, resulta imperativo aplicar criterios eminentemente protectivos a favor de las mismas.

Lo anterior, aseguró esta Corporación mediante sentencia T-252 de 2017 *hará posible que los adultos mayores “(...) dejen de experimentar situaciones de marginación y carencia de poder en los espacios que los afectan. Ello debe verse como un resultado de la materialización del artículo 46° de la Constitución y de los deberes de solidaridad que se encuentran en cabeza del Estado, las familias y los ciudadanos, responsables de suplir las necesidades que adquieren los adultos mayores por el paso natural de los años”.* En este orden, insistió la Corte mediante la aludida providencia que las instituciones deben procurar *“(...) maximizar la calidad de vida de estas personas, incluyéndolas en el tejido social y otorgándoles un trato preferencial en todos los frentes. Conforme a lo expuesto, el ordenamiento jurídico interno e internacional se han venido adaptando para dar mayor participación a los miembros de este grupo especial y crear medidas de discriminación positiva en su beneficio”.* (Subrayado y Negrilla por la Sala).

Al punto, se precisa que el concepto de adulto mayor difiere del de la persona de la tercera edad, pues el primero es quien supera la edad de 60 años, y el segundo, es quien además de ser adulto mayor ha superado la expectativa de vida, la que actualmente se encuentra en 76 años y para la época de los hechos en 74 años. Sobre el tópico en sentencia T-013 de 2020 establece:

Demandante: **ANDREA MANCIPE ACUÑA.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

“Conviene precisar que el término “persona de la tercera edad” y el concepto “adulto mayor”, que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos. El concepto “adulto mayor” fue definido en la Ley 1276 de 2009. En ella se apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen”. Por su parte, la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor”.

“Se considera que lo es a partir de 76 años, según actualización emitido por el DANE”

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

- i)** Víctor Julio Mancipe Rosas nació el 20 de mayo de 1943 (fl.10).
- ii)** La actora se encuentra afiliada a FAMISANAR E.P.S. desde el 01 de febrero de 2005, y Víctor Julio Mancipe Rosas desde el 14 de enero de 2017 (medio óptico de folio 32).
- iii)** El 01 de diciembre de 2017, el Juzgado 40 Municipal Civil de Oralidad de Bogotá, ordenó a la accionada prestar al señor Víctor Julio Mancipe Rosas de manera diligente e integral de todos los tratamientos o procedimiento, ordenados por su médico tratante (medio óptico de folio 32).
- iv)** El 05 de marzo de 2018 Víctor Julio Mancipe Rosas, fue declarado en interdicción provisional por discapacidad mental absoluta, (medio óptico de folio 32).
- v)** Padece de glaucoma bilateral, insomnio, y migraña (medio óptico de folio 32).

Pues bien. Sentado lo anterior, lo primero por indicar es que Víctor Julio Mancipe Rosas tenía la fecha de la presentación de

Demandante: **ANDREA MANCIPE ACUÑA.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

la demanda 75 años, 7 meses, y 25 días, es una persona de la tercera edad, por lo que tiene una protección reforzada en su condición de salud.

Precisado lo anterior, y en relación con la impugnación presentada por la parte actora, observa la Sala que el reconocimiento del reembolso de los pañales talla M y el medicamento Melatonina Circadin, fueron negados por parte del A quo por insuficiencia probatoria, pues no existía material con el que se pudiera acreditar su pago, para lo cual la demandante señala en apelación, que estos se encuentran dentro de los anexos de la demanda –anexos 16 y 29-.

Al respecto, se observa que le asiste razón a la Superintendencia Nacional de Salud en negar el reconocimiento de los **pañales talla M**, pues si bien se allegó una factura dentro del anexo 16, esta no es legible y no es dable desprender su valor, así como tampoco si se refiere a la compra del insumo aludido, por lo que, en tales condiciones no es dable ordenar su pago.

En igual sentido, y en relación con el medicamento **Melatonina Circadin**, ciertamente se allegó la solicitud de recobro, no obstante, no se arrimó por parte de la accionante que ésta hubiera efectuado algún pago por concepto de tal insumo, pues el único documento que obra en el plenario, es una devolución al paciente del medicamento, al no estar la demandante avalada para Comité Técnico Científico, por lo que, en consecuencia no es dable ordenar su pago. En este punto, se aclara que el cuadro que se realizó y que se allegó como anexo 37 da cuenta de la misma situación, no obstante, se reitera, lo que se extraña es la factura del pago del medicamento para proceder a su reembolso.

Por otra parte, y en cuanto a la apelación de FAMISANAR E.P.S., señala ésta que las **facturas 81104, 84973, y 81098**, fueron negadas, ya que, la demandante compró los

medicamentos, pero posteriormente fueron dispensados, sin que se observe que se está frente a una urgencia.

Al respecto, es menester aclarar que la factura 84973 referente a los pañales talla M, como quedó visto, no es objeto de condena. Ahora, y en relación con los medicamentos restantes, 81104 (Acetato Aluminio Crema 60g X 9tubos), y 81098 (pañitos húmedos) no encuentra la Sala que estos hubieran sido dispensados, brilla por su ausencia prueba que dé cuenta de tal situación, por demás que, estos habían sido ordenados a favor de Víctor Julio Mancipe Rosas, persona que además de gozar de una protección reforzada por su condición de persona de la tercera edad, tenía a su favor la tutela del 01 de diciembre de 2017, en la que el Juzgado 40 Municipal Civil de Oralidad de Bogotá, ordenó a la accionada prestarle de manera diligente e **integral** todos los tratamientos o procedimiento, ordenados por su médico, por lo que, era deber de FAMISANAR E.P.S. proceder a su reconocimiento, de conformidad con tal orden de tutela.

De esta manera, al ser negada por parte de esta entidad el reconocimiento de los insumos ordenados por el médico tratante y proceder la actora a efectuar su pago, considera la Sala que tal actuar constituye una negativa injustificada por parte de la E.P.S., que da lugar a su reembolso, según las voces del literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

Del mismo modo, FAMISANAR E.P.S. presentó apelación señalando que frente a la factura **81098** (pañitos húmedos), la actora presentó órdenes alteradas, lo que generó una tardanza en su suministro, y se tuvo que presentar denuncia contra ella; circunstancia que se encuentra superada para efectos del reconocimiento prestacional, pues la misma demandada al presentar la denuncia penal por adulteración de los mismos documentos señaló las imprecisiones que presentaba la que allegó la demandante, evidenciándose en la original la orden por concepto de pañitos húmedos, debiéndose en todo caso pagarse

Demandante: **ANDREA MANCIPE ACUÑA.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

las que fueron pagadas por la demandante (medio óptico de folio 32); recuérdese que la orden de tutela del 01 de diciembre de 2017, en la que el Juzgado 40 Municipal Civil de Oralidad de Bogotá, esto es, que es obligación de FAMISANAR E.P.S. prestar de manera diligente e **integral** todos los tratamientos o procedimientos ordenados por el médico tratante de Víctor Julio Mancipe Rosas, y que al no acatarse tal orden se está frente a una negativa injustificada que da lugar al reembolso de lo que se pague por parte del afiliado.

Por otra parte, alega FAMISANAR E.P.S. que los insumos de las facturas 81133, 81105, y 81135, son de aseo o cosméticos, por lo que, no podían ser cubiertos por ellos; y que ante la acción de tutela presentada por la demandante ante el Juzgado 20 Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, se vio obligada a reconocer artículos de aseo o cosméticos, como los pañitos húmedos y la Crema Marly, empero, desde el 08 de noviembre de 2018.

Sobre el tópico, basta con recordar que el Juzgado 40 Municipal Civil de Oralidad de Bogotá, desde 01 de diciembre de 2017 ordenó a la accionada prestarle de manera diligente e **integral** todos los tratamientos o procedimientos, ordenados por su médico tratante, por lo que, era deber de FAMISANAR E.P.S. proceder a su reconocimiento, de conformidad con tal orden de tutela; de modo que, al no acatarse tal orden, se itera, se está frente a una negativa injustificada que da lugar al reembolso de lo que se pague por parte del afiliado.

Por otra parte, y en lo atinente a la factura **86438** la E.P.S. demandada señaló que aún estaba en términos para efectuar su reconocimiento; y que la factura **71137** ya fue aprobada y se hará su pago; no obstante, no encuentra la Sala que tales rubros ya fueren pagados, pues a la fecha, tal pago ya se debió efectuar, e inclusive el pago de la primera factura se debió alegar como hecho sobreviniente para lograr su absolución. Al respecto, se

rememora que que el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

Del mismo modo, el inciso 4° del artículo 279 del C.G.P, dispone que los hechos sobrevinientes se pueden alegar a más tardar antes de los alegatos de conclusión. En tal sentido, y no existiendo este momento procesal en el trámite sumario, se entiende que se pudieron arrimar las constancias de las que se pretende derivar el pago, **hasta antes de que el A Quo dictara sentencia**. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia **SL4221-2020**, señaló que:

“Los falladores de instancia no pueden ignorar aquellos hechos sobrevinientes al proceso que puedan impactar los requisitos o supuestos para acceder a las diferentes prestaciones establecidas en la ley. Así lo tiene explicado esta Corporación, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2000, rad. 14214, reiterada en las sentencias SL16805-2016 y SL3707-2018, donde al respecto dijo:

[...] en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC en tanto prevé, en casos como el aquí estudiado la obligación del sentenciador de tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y allegado regularmente antes de que el expediente entre a despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.

Por tanto, la E.P.S. demandada pudo acreditar el pago de los insumos objeto de recobro que aduce estar en término para reconocer y el que autorizó, hasta antes que se dictara sentencia por parte del A Quo, no obstante, no se allegó documento alguno que soportara tales pagos, por lo que, en tal sentido no queda otro camino que confirmar las condenas impuestos por estos.

Demandante: **ANDREA MANCIPE ACUÑA.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

Lo anterior sin perjuicio de que la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en aras de verificar el cumplimiento de la condena establecida en el numeral tercero de la sentencia, esto es: *“ORDENAR a FAMISANAR E.P.S., reconocer y pagar a favor de la actora la suma de \$425.600, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.”*, requiera a la demandada FAMISANAR E.P.S., para que suministre soportes adicionales que puedan otorgar certeza del pago de los insumos que dicha entidad afirma haber realizado.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

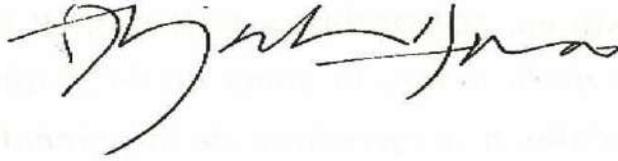
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 22 05-000-2022-00383 -01

Demandante: **ANDREA MANCIPE ACUÑA.**

Demandado: **FAMISANAR E.P.S.**

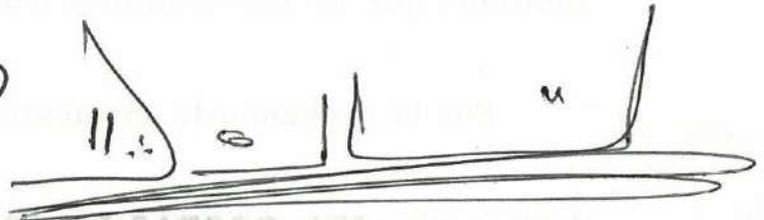
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JESÚS ALBERTO VALENCIA OCAMPO** promoviese contra **AVIANCA S.A.** y la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADA- SERVICOPAVA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende se declare el acuerdo cooperativo de trabajo asociado celebrado el 24 de agosto de 2015 con SERVICOPAVA es ilegal, y por ende nulo; y que su contrato terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita se declare la existencia de

un contrato de trabajo a término indefinido del 24 de agosto de 2015 al 30 de noviembre de 2017; salarios dejados de percibir desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta la fecha que se realice el pago; cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, y prima de servicios; indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria; sanción por no consignación de las cesantías; e indemnización por falta de entrega de dotaciones.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 24 de agosto de 2015 celebró acuerdo cooperativo con SERVICOPAVA, así como acuerdo complementario en el que se pactó un auxilio cooperativo extraordinario variable, el pago de sumas no constitutivas de compensación ni prestacionales, tales como, auxilio de transporte extraordinario, auxilio cooperativo de rodamiento, bonificaciones, entre otros; **2)** Fue contratado para desempeñar el cargo de Auxiliar de Operaciones Terrestres en las instalaciones de AVIANCA S.A.; **3)** Se pactó como compensación ordinaria mensual la suma de \$644.350, una extraordinaria de \$119.144, más un auxilio para compensar gastos de transporte por \$74.000; **4)** Como último salario se pactó la suma de \$862.056; **5)** Al momento de celebrar el acuerdo cooperativo, se le informó que debía pagar una cuota de admisión de \$21.478, así como el 2% del salario mínimo mensual, y por concepto de cuota solidaria, el 3% del salario mínimo mensual; **6)** La labor fue ejecutada de manera personal, con continuada subordinación, y atendiendo instrucciones de AVIANCA S.A., quien le fijaba un horario de trabajo; **7)** El 30 de noviembre de 2017 se le dio por terminado su contrato de trabajo; **8)** Le ofrecieron un acuerdo de transacción, pero no lo firmó; y **9)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

AVIANCA S.A. (fls. 220 a 233), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó ausencia de relación laboral, ausencia de prestación de servicios a mi defendida, inexistencia de subrogación, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, libertad de empresa, buena fe, compensación, inexistencia de las obligaciones, indebida aplicación de las normas legales, actividad no misional, enriquecimiento ilícito, prescripción, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Expuso que el demandante nunca prestó servicios a su favor; que ha tenido contratos de prestación de servicios con SERVICOPAVA, cooperativa que ha actuado con independencia financiera, con sus medio de producción, potestad reglamentaria frente a sus asociados, autonomía técnica y directiva, y cumpliendo sus obligaciones con cada uno de sus cooperados; que únicamente ha realizado labores de supervisión y de auditoría; y que las actividades desplegadas por el actor no guardan relación con el objeto social de la empresa.

Por su parte, **SERVICOPAVA** (fls. 278 a 318), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción, y la genérica.

Aceptó la existencia del acuerdo cooperativo de trabajo asociado que celebró con el actor, los extremos temporales del mismo, el pago de sumas no constitutivas de salario, tales como, auxilio de transporte extraordinario, auxilio cooperativo de rodamiento, bonificaciones, entre otros; que la compensación ordinaria pactada inicialmente era la suma de \$644.350; y que se le cobró al actor una cuota de admisión de \$21.478, así como que debía pagar una suma equivalente al 2% del salario mínimo

y una cuota solidaria por el 3% de un salario mínimo. No aceptó los demás hechos.

Adujo que la relación contractual estuvo regida por las disposiciones propias del cooperativismo; que la relación contractual terminó por la finalización de la oferta mercantil; que si bien se pactó un auxilio cooperativo extraordinario variable, este se hizo como un estímulo o incentivo por el cumplimiento de metas; que se reconocieron los correspondientes auxilios anuales y semestrales de junio y diciembre; y que actualmente la cooperativa se encuentra realizando actos tendientes a su liquidación, lo que hace imposible el reintegro del trabajador.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de junio de 2021, a través de la cual dictó **sentencia condenatoria**, en la que declaró que entre el demandante y AVIANCA S.A. existió un contrato de trabajo realidad a término indefinido que inició el 24 de agosto de 2015, en el cual SERVICOPAVA fungió como simple intermediaria. En consecuencia condenó a AVIANCA S.A, a pagar las sumas detalladas en la sentencia por concepto de indemnización por despido injusto, cesantías, intereses a las cesantías, compensación por vacaciones, indemnización por la no consignación de cesantías, y por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. la suma de \$23'082.000, por los primeros 24 meses, y a partir del 25 de noviembre de 2019, deberá pagar los intereses moratorios. Declaró probada parcialmente la excepción de compensación propuesta por AVIANCA S.A, condenó solidariamente a SERVICOPAVA por las condenas acá impuestas a AVIANCA S.A y condenó en costas a AVIANCA S.A,

En síntesis, indicó que según el acuerdo cooperativo celebrado entre el actor y SERVICOPAVA se logra extraer que el demandante se vinculó como Auxiliar de Operaciones Terrestres y que ejercería sus funciones en AVIANCA S.A.; que de la anterior documental, así como de la prueba testimonial y el interrogatorio de parte del representante legal de AVIANCA S.A., es dable establecer que el actor prestó servicios a favor de AVIANCA S.A. de cargue y descargue de maletas; que no obra prueba que permita establecer que se desvirtuó la subordinación; que las herramientas brindadas por SERVICOPAVA al actor siempre se encontraron en las instalaciones de AVIANCA S.A., por lo que, el contrato de comodato celebrado entre tales demandadas no se encuentra perfeccionado, pues dicha relación contractual requiere la entrega de la cosa; que dentro del objeto social de AVIANCA S.A. se encuentra el cargue y descargue de maletas, según certificado de existencia y representación legal en consonancia con la clasificación industrial uniforme; que el demandante fue vinculado para desarrollar el objeto social de AVIANCA S.A.; y que está acreditado que el actor inició labores el 24 de agosto de 2015 , y que le dieron terminación a su contrato de trabajo el 30 de noviembre de 2017.

Señaló que si bien se solicita el reconocimiento de salarios desde la terminación del contrato de trabajo hasta que se efectuó su pago, escudriñando la demanda, se entiende que lo que se solicita es una indemnización por despido sin justa causa, así como el pago de prestaciones sociales y vacaciones; y que hay lugar a indemnización por despido sin justa causa, como quiera que está acreditado la razón del finiquito contractual, pero las razones alegadas por SERVICOPAVA no pueden ser tenidas en cuenta como quiera que la relación laboral se demostró con AVIANCA S.A.

Adujo que se encuentran acreditados los pagos de auxilios anuales y semestrales, los que pueden ser compensados con las cesantías, intereses a las cesantías, y las primas de servicios;

que las diferencias de las prestaciones sociales, se reconocen teniendo en cuenta el promedio de valores pagados por concepto de compensaciones, las que fueron variables; y que no hay lugar a vacaciones, dado que se acreditó el pago del descanso anual, no siendo así las correspondientes a 2015-2016, por lo que, debían ser objeto de condena.

Finalmente, señaló que no existe justificación que permita exonerar al empleador del pago de sanciones moratorias, pues AVIANCA S.A. tuvo la intención de ocultar una relación laboral y su actuar fue lesivo y abusivo a los intereses del trabajador; que no están demostrados los perjuicios para que haya lugar a dotaciones; y que al resultar SERVICOPAVA como un simple intermediario, debe éste responder en solidaridad.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

AVIANCA S.A.

Señaló que lo que está acreditado es que SERVICOPAVA celebró una oferta comercial con AVIANCA S.A., y que en virtud de éste el primero tuvo que poner un recurso humano a cumplir las obligaciones del contrato, pues sólo se puede realizar con personas naturales; que está plenamente acreditado que las herramientas de trabajo se las entregó AVIANCA S.A. a SERVICOPAVA, además presuponiéndose que el actor utilizó tales herramientas para ejecutar su función; que el cargue y descargue de maletas es un proceso que se hace de manera tercerizada, no es una actividad misional, por demás que sí se pueden tercerizar actividades misionales; y que no hay prueba de órdenes impartidas por AVIANCA S.A., aunado que del acervo probatorio se logra establecer que está desvirtuado el elemento de la subordinación.

Indicó que no se tuvo en cuenta que se pagó de manera total los auxilios anuales para compensar las cesantías, al igual que

la prima de servicios, los intereses a las cesantías, y las vacaciones; y que, por lo anterior, no habría lugar a sanciones moratorias y la indemnización por despido sin justa causa.

SERVICOPAVA.

Manifestó que entre las demandadas lo que existió fue una oferta mercantil de venta de servicios, lo que al finalizar hacía imposible que el actor siguiera desempeñando sus funciones; que las actividades desarrolladas no eran misionales de AVIANCA S.A.; que la terminación de la relación contractual finiquitó por una causa objetiva, finiquito de la oferta mercantil; que se le pagaron todas las compensaciones a que tenía derecho el actor; y que este actuó con completa autonomía; que las instrucciones siempre fueron impartidas por coordinadores de SERVICOPAVA, por demás que en el cargo que desempeñaba el actor la única empresa que estaba presente al momento del cumplimiento de las labores de éste era SERVICOPAVA; que SERVICOPAVA siempre actuaba con autonomía económica y financiera, de lo que derivó el contrato de comodato, para que se pudieran utilizar algunos elementos de labor por parte de SERVICOPAVA; que siempre se defendió la teoría de que el actor era un trabajador asociado; que cualquier empleador puede contratar a través de terceros actividades misionales; que no existía obligatoriedad de consignar cesantías, por lo que, no es dable imponer la sanción por su falta de consignación en un fondo; y que por lo expuesto, se debe absolver por concepto de indemnización por despido injusto, prestaciones sociales, vacaciones, y sanciones moratorias.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las

partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora y de SERVICOPAVA, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar, si había lugar a declarar la existencia de un contrato realidad entre el actor y AVIANCA S.A., si el juzgador de primera instancia compensó en debida forma prestaciones sociales y vacaciones; y si es dable reconocer indemnización por despido sin justa causa y sanciones moratorias. **DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DE LOS CONVENIOS DE ASOCIACIÓN A COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO.**

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio; y a renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción. (ver Sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017)

Por otra parte, el **convenio de asociación** encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe legislación cooperativa que permite el funcionamiento de esta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de socio, en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales o de trabajo.

Así mismo, dispuso el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, que los casos donde *«los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes (...)»*, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211-2000.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas de Trabajo Asociado tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081

de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

Concretamente los artículos 9 y 10 del Decreto 0468 de 1990, reglamentan las condiciones de asociación, sus estatutos y el mínimo de asuntos contenidos en el régimen de trabajo asociado de cada cooperativa. ;

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.*

De la normatividad señalada, se concluye que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, salvo las excepciones autorizadas por ley, y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de trabajadores y gestores de la misma; además el legislador ha distinguido las actividades desarrolladas por las cooperativas de trabajo asociado, y de manera particular de las Empresas de Servicios Temporales, precisando que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como intermediarios laborales enviando trabajadores en misión pues se desnaturaliza la actividad empresarial de aquella, tal y como se desprende de los artículos 16 y 17 del aludido Decreto 4588 de 2006, según los cuales cuando se envíe a un asociado de una cooperativa o precooperativa de trabajo asociado a prestar servicios a una

persona natural o jurídica con intermediación de dichas asociaciones, se considerará al asociado como trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo, advirtiéndose que, cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que si bien la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada (sentencias del 06 de diciembre de 2006, Rad. 25713 y SL6441-2015):

“(...) no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral”.

DEL CASO EN CONCRETO.

No son materia de controversia los hechos relativos a **i)** la suscripción entre el demandante y Servicopava de un convenio de asociación el 24 de agosto de 2015, para desempeñar el cargo de Agente de Operaciones Terrestres, lo que incluía preparar y

ejecutar la logística para el cargue, descargue y alistamiento de las aeronaves atendidas por AVIANCA/SAM y aerolíneas clientes (fls.28, 31 a 34); **ii)** La compensación inicialmente devengada por el demandante era de \$644.350 según se aceptó en la contestación de la demanda; **iii)** la aceptación por parte de AVIANCA S.A. el 5 de febrero de 2009 de la Oferta Mercantil de servicopava, para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos (fls. 234 a 258 y 388 a 412); **iii)** la celebración de un contrato de comodato o préstamo de uso entre AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA de bienes inmuebles exclusivamente para realizar las actividades y prestar los servicios objeto de la oferta mercantil DE-008 del 01 de agosto de 2003; lo que se extendió a la oferta mercantil del 05 de febrero de 2009 mediante otro si n° 1 (fls. 414 a 731); **iv)** El 28 de septiembre de 2017, AVIANCA S.A. informó a SERVICOPAVA la terminación del contrato surgido de la oferta mercantil celebrada el 05 de febrero de 2009 (fl.219); **v)** El 27 de noviembre de 2017, SERVICOPAVA le comunicó al actor que su contrato de trabajo terminaría el 30 del mismo mes y año, por la terminación de la oferta mercantil que dio origen al puesto de labor asociativa (fls.22 a 27, 35), **vi)** El 03 de mayo de 2018, SERVICOPAVA solicitó a la Superintendencia de Economía Solidaria su disolución y liquidación (fls. 736 a 738).

Al juicio comparecieron en calidad de testigos los señores **Ángela Patricia Molina Caro y Juan Pablo Arbeláez Arango**, quienes manifestaron:

Ángela Patricia Molina Caro dijo que era la pareja del demandante, con quien se conoció en 2015 en AVIANCA S.A.; que presentó demanda en 2018 por razones similares a las del actor; que laboró con SERVICOPAVA prestando servicios para AVIANCA S.A. desde septiembre de 2015, como Auxiliar de Operaciones Terrestres; que los horarios en AVIANCA S.A. podían ser de 15 horas a medianoche, o de 6:00 A.M. hasta completar 15 horas; que los turnos se rotaban cada semana; que en algunas ocasiones

se cruzaba con el demandante; que el vínculo laboral del demandante con la cooperativa era para prestar servicios a AVIANCA S.A., él estaba en el área internacional, y manejaba los equipajes, lo que es una labor primordial para que los vuelos salgan a tiempo; que el demandante no firmó contrato con AVIANCA S.A., el contrato era con la cooperativa pero para prestar un servicio a AVIANCA S.A.; que el trabajo estaba directamente relacionado con AVIANCA S.A.; que usaban uniformes con logotipos de AVIANCA S.A.; que el demandante tenía el cargo de Auxiliar de Operaciones Terrestres en el área de selección de equipajes del área internacional; que el actor tenía horarios de 16 horas; y que en noviembre de 2017, se empezó a hacer una transición hacia la empresa de Servicios Aeroportuarios Integrados- SAI, por lo que, empezaron a convocar todos los trabajadores de SERVICOPAVA para hacer la transición y las personas que decidieron no pasarse a la empresa SAI se les terminó su relación laboral.

Juan Pablo Arbeláez Arango manifestó que era Gerente de Operaciones Terrestres para Suramérica y Europa en AVIANCA S.A. desde el 2012; que no tuvo contacto con el demandante; que dentro de sus funciones no estaba controlar el cargue y descargue de maletas, sólo hacían seguimiento a la oferta mercantil que había entre AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA.; que la oferta mercantil entre AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA era para la prestación de servicios de asistencia en tierra o cargue y descargue de movimiento de equipaje y limpieza de los aviones; que para verificar el cumplimiento del contrato se hacían auditorias en sitio, las que se hacían diariamente, y para lo cual había un equipo administrativo que se encargaba de hacer el seguimiento; que el contrato entre AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA finalizó en el 2017; que el manejo de turnos del personal de SERVICOPAVA no se controlaba; que en la operación se tenían unos itinerarios que eran compartidos con SERVICOPAVA y la operación eran 7x24, por lo que, la fiscalización o la interventoría era durante el transcurso del día en cualquier momento; que

SERVICOPAVA tenía una estructura administrativa a cargo de un gerente, también tenían un área jurídica, de salud ocupacional y la parte operativa, en donde estaban los líderes de terminal y de operaciones, así como los agentes o auxiliares de rampa, agente conductor, operador de equipos, entre otros; que si AVIANCA S.A. notaba alguna falta por parte de la cooperativa se reportaba al personal administrativo de SERVICOPAVA; y que no le hacían llamados de atención a los operadores de SERVICOPAVA.

Pues bien. Lo primero por recordar es que las pretensiones de la demanda se dirigen a que se declare la existencia de un contrato de trabajo con AVIANCA SA. por cuanto afirmó el demandante que le prestó a dicha compañía sus servicios personales.

Conforme la prueba que milita en el expediente se tiene que el accionante prestó servicios de Agente de Operaciones Terrestres siendo contratado por SERVICOPAVA, empero a favor de su cliente AVIANCA S.A., en virtud de la oferta mercantil celebrado entre ambas empresas el 05 de febrero de 2009.

Igualmente, es necesario destacar que al demandante expresamente se le asignaron funciones a favor de AVIANCA S.A., lo que se puede extraer del documento del 24 de agosto de 2015 obrante a folio 32, en el que se señala que el actor debía preparar y ejecutar la logística para el cargue, descargue, y alistamiento de aeronaves, atendidas por AVIANCA/SAM, y aerolíneas clientes, así como la selección de equipajes, movimiento de aeronaves, rampa, aseo y presentación, porters, etc.

En igual sentido, del testimonio de la señora Ángela Patricia Molina Caro se logra extraer, que el demandante como Auxiliar de Operaciones Terrestres, estaba sometido a horarios; que si bien fue contratado por la cooperativa prestaba sus servicios para AVIANCA S.A.; que estaba en el área internacional, y manejaba equipajes, lo que es, una labor primordial para que los

vuelos salgan a tiempo; que el trabajo estaba directamente relacionado con AVIANCA S.A.; y que usaba uniformes con logotipos de AVIANCA S.A.

Del mismo modo, en interrogatorio de parte el **representante legal de SERVICOPAVA** informó que el actor tenía las funciones de Auxiliar de Operaciones Terrestre asignado al proceso que la cooperativa desarrollaba con AVIANCA S.A., en virtud del contrato mercantil que tuvieron ambas empresas hasta el 2017.

Con base en las pruebas hasta aquí analizadas en conjunto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se verifica que existió una prestación personal del servicio por parte del demandante en favor de AVIANCA, por lo que le correspondía a esta última desvirtuar el elemento de la subordinación; que aunque en apariencia pareciera desacreditado en virtud a que entre la aerolínea referida y la cooperativa SERVICOPAVA se pactó la tercerización de un proceso operativo -opción válida y eficaz de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo,- lo cierto es que esa relación contractual se desnaturalizó, por lo menos en el caso que se estudia, por cuanto quedó evidenciado que era AVIANCA S.A. quien ejercía la potestad subordinante frente al demandante.

En efecto, al examinar la basta prueba arrojada al expediente, se observa que no existe prueba alguna con la que se logre desvirtuar el elemento de la subordinación, pues la única prueba que da cuenta de esto es el testigo Juan Pablo Arbeláez Arango, quien pese a informar su calidad de Gerente de Operaciones Terrestres para Suramérica y Europa en AVIANCA S.A. informó que dentro de sus funciones no estaba controlar el cargue y descargue de maletas; y aunque fue enfático al afirmar que AVIANCA S.A. sólo hacía seguimiento a la oferta mercantil vigente con SERVICOPAVA.; que el manejo de turnos del personal

de SERVICOPAVA no se controlaba por parte de AVIANCA S.A.; y que no le hacían llamados de atención a los operadores de SERVICOPAVA; lo cierto del caso es que no conoció al demandante - pese a ser un hecho cierto que prestó servicio en las instalaciones de la aerolínea - luego, como se observa la información que brindó en su testimonio es genérica, ajena a lo que directamente pudo percibir de la situación concreta, no señaló de manera específica cómo se realizaban auditorías, sólo adujo genéricamente que se realizaba una vez al día y en cualquier tiempo, más no especificó la ejecución concreta, quienes intervenían en el proceso, entre otros; por demás que contrario a lo que en forma genérica afirmó el testigo lo que se evidencia en los correos electrónicos de folios 61 a 88 y 97 a 101, es **el relacionamiento directo** del actor con AVIANCA S.A. frente a pagos, permisos -por calamidad doméstica-, inducciones, resaltándose que algunas de estas últimas, eran por servicios que se prestaban directamente a AVIANCA S.A., especialmente, las referidas a “inducción seguridad aeroportuaria”, “lecciones aprendidas”, “manipulación de cargas”, “acondicionamiento físico”, y “salud ocupacional y seguridad industrial”.

Lo anterior cobra mayor relevancia, si se traen a colación los artículos 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, que prohíben a las Cooperativas de Trabajo Asociado actuar como empresas de intermediación laboral, o disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Frente al punto resulta pertinente resaltar, además, que la Sala advierte que el actor sí prestó un servicio propio del objeto social de AVIANCA S.A., pues si bien en el certificado de existencia y representación legal de ésta no se estipula en su

objeto social expresamente las actividades de cargue, descargue, y/o alistamiento de aeronaves, pues se enfoca en establecer que se dedica al *“transporte aéreo y terrestre en todas sus ramas, incluyendo servicios postales, así como todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas, y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; que realiza servicios de ingeniería, revisión, mantenimiento y reparación de aeronaves y vehículos terrestres accesorios; que fomenta actividades dedicadas al turismo; y que distribuye e importa, máquinas, vehículos y repuestos destinados a transporte aéreo o terrestre”*; lo cierto es, que una inferencia lógica razonable permite entender que la carga y descarga de equipaje, es una actividad directamente ligada con el giro ordinario de los negocios y el objeto social que desarrolla una empresa que se dedica al transporte aéreo de pasajeros, de carga y de servicio postal, como lo es Avianca S.A.

En este punto, nótese que así lo señala el artículo 1800 del Código de Comercio colombiano que prevé que: *«se entiende por personal aeronáutico aquellas personas que, a bordo de las aeronaves o en tierra, cumplen funciones vinculadas directamente a la técnica de la navegación aérea»*.

A lo anterior súmese que, conforme a la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas, *“las actividades relacionadas con la manipulación de la carga”*, son actividades complementarias a cualquier tipo de transporte. Dicha clasificación establece:

“DIVISIÓN 52 Almacenamiento y actividades complementarias al transporte

Esta división incluye:

- El funcionamiento de instalaciones de almacenamiento.
- Las actividades complementarias al transporte, tales como el funcionamiento de la infraestructura para el transporte (por ejemplo: aeropuertos, puertos, túneles, puentes, etc.).
- **Las actividades relacionadas con la manipulación de la carga.**
- Las actividades de agencias de transporte 5224

(...) Manipulación de carga:

Esta clase incluye:

- La **carga y la descarga de mercancías y equipaje, independientemente del modo de transporte utilizado.**
- Las actividades de estiba y desestiba.
- La carga y la descarga de vagones de carga. Esta clase excluye:
- El funcionamiento de las instalaciones terminales de transporte. Se incluye en las clases 5221 «Actividades de estaciones, vías y servicios complementarios para el transporte terrestre»;

Finalmente, frente al punto de apelación de ambas impugnantes referente a la suscripción del contrato de comodato y que ello es válido y logra desvirtuar la subordinación del demandante respecto de la empresa usuaria, debe decirse, que, cuando se demuestra -como en este caso - que las cooperativas o trabajadores asociados no son dueños de los medios de laborales de producción, tal elemento es sin duda un elemento indicativo del carácter aparente del vínculo de trabajo que encubre la pretensión empresarial de deslaborar el personal de una empresa usuaria a través de una entidad que carece de estructura propia y autonomía en su gestión administrativa y financiera.

Este criterio es compatible que el artículo 3.º del Decreto 2025 de 2011, que prevé que las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado serán objeto de sanciones cuando «c) (...) *no tenga[n] la propiedad y la autonomía en el uso de los medios de producción, ni en la ejecución de los procesos o subprocesos que se contraten*». Así, se ratifica la línea jurisprudencial consistente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a que, en el marco del cooperativismo un elemento distintivo es que los trabajadores asociados sean dueños de los elementos de producción y laborales, pues lo contrario pone de presente un elemento indicativo que la entidad cooperativa no tiene la capacidad estructural, económica y administrativa para ofrecer un servicio especializado. (ver Sentencias CSJ SL, 17 oct. 2008,

rad. 30605, CSJ SL665-2013, CSJ SL6441-2013, CSJ SL12707-2017 y CSJ SL1430-2018)

Por tanto, se CONFIRMARÁ la declaratoria de un contrato de trabajo, y se procederá a verificar si se reconocieron en debida forma prestaciones sociales y vacaciones.

PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES.

En el plenario se encuentra acreditado que SERVICOPAVA le reconoció al demandante, primas anuales, semestrales y descansos anuales. Igualmente, las demandadas propusieron la excepción de compensación, por lo que en consideración a tal escenario, se verificará las condenas impuestas, aclarándose que se tendrá como factores para liquidar los siguientes conceptos: compensación ordinaria, compensación, incapacidad ARL Enferm, incapacidad enfermedad, recargo nocturno, tiempo suplementario, ajuste compensac., festivos sin compensar, y festivo compensado, de conformidad con las nóminas visibles a folios 767 a 771.

Aunado a lo anterior, se tendrá como guía para refrendar los anteriores valores los aportes efectuados a seguridad social por parte de SERVICOPAVA al trabajador visible a folios 750 a 766, teniéndose los siguientes resultados:

SALARIOS PROMEDIO		
24/08/2015	31/12/2015	\$ 829.459,16
1/01/2016	31/12/2016	\$ 984.181,83
1/01/2017	30/11/2017	\$ 1.006.282,09

CESANTÍAS				
24/08/2015	31/12/2015	10,58	\$ 829.459,16	\$ 292.614,76
1/01/2016	31/12/2016	30,00	\$ 984.181,83	\$ 984.181,83
1/01/2017	30/11/2017	27,50	\$ 1.006.282,09	\$ 922.425,25
TOTAL				\$ 2.199.221,84
COMPENSACIÓN				\$ 752.669,00
TOTAL				\$ 1.446.552,84

INTERESES A LAS CESANTÍAS				
24/08/2015	31/12/2015	12%	\$ 99.535,10	
1/01/2016	31/12/2016	12%	\$ 118.101,82	
1/01/2017	30/11/2017	12%	\$ 120.753,85	
TOTAL				\$ 338.390,77
COMPENSACIÓN				\$ 222.587,00
TOTAL				\$ 115.803,77

PRIMA DE SERVICIOS				
24/08/2015	31/12/2015	10,58	\$ 829.459,16	\$ 414.729,58
1/01/2016	30/06/2016	15	\$ 982.601,33	\$ 491.300,67
1/07/2016	31/12/2016	15	\$ 985.762,33	\$ 492.881,17
1/01/2017	30/06/2017	15	\$ 1.004.811,83	\$ 502.405,92
1/07/2017	30/11/2017	12,50	\$ 1.008.046,40	\$ 504.023,20
TOTAL				\$ 2.405.340,53
COMPENSACIÓN				\$ 2.331.558,00
TOTAL				\$ 73.782,53

VACACIONES				
24/08/2015	23/08/2016	15	\$ 1.006.000,00	\$ 503.000,00
24/08/2016	23/08/2017	15	\$ 978.537,00	\$ 489.268,50
24/08/2017	30/11/2017	4,04	\$ 857.606,00	\$ 428.803,00
TOTAL				\$ 1.421.071,50
COMPENSACIÓN				\$ 1.227.771,00
TOTAL				\$ 193.300,50

De esta manera, se adeuda por concepto de prestaciones sociales y vacaciones la suma total de **\$1'829.439,64**, rubro inferior al que fue objeto de condena, pues en primera instancia se condenó por la suma total de **\$1'593.853**, de modo que, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, tal condena se CONFIRMARÁ.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, a cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente: el trabajador quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido; por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. (CSJ SL2386-2020, CSJ SL15094-2015 y SL5523-2016, SL592 de 2014, Rad. 431105 y entre otras).

Por tanto, encuentra la Sala que el hecho del despido se acreditó con la Resolución de Retiro de Labores N°970 del 27 de noviembre de 2017, proferida por SERVICOPAVA en la que se

dispuso que el finiquito contractual era *“por terminación de la oferta mercantil que dio origen al puesto de labor asociativa”*.

De esta manera, le correspondía a AVIANCA S.A. demostrar la justa causa alegada, si no fuera porque dicha causal no se encuentra enlistada en los artículos 62 y 63 del C.S.T. como justa causa de despido, así como tampoco fue invocada por quien resultó verdadero empleador de la actora sino por una persona distinta, esto es, SERVICOPAVA.

Así las cosas, resulta procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa, tal y como lo señaló el A Quo, por lo que, se CONFIRMARÁ tal condena.

SANCIONES MORATORIAS.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las sanciones consagradas en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T y en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer la procedencia de las indemnizaciones moratorias es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o la falta de consignación de la cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía, el pago, total o parcial, a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y

justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y SL1005-2021).

Sentados lo anteriores derroteros, se necesario traer a colación que se impugnaron las sanciones moratorias bajo el entendido de dos premisas: i) el reconocimiento total de prestaciones sociales bajo la denominación de auxilio anual, rendimientos auxilio anual, y compensación semestral; y ii) La falta de obligatoriedad de consignar las cesantías, al no estarse frente a un contrato de trabajo.

Como quedó visto, si bien se pagaron los denominados auxilios anuales, rendimientos de auxilio anual y compensación semestral, estos no se pagaron de forma total, por lo que, en tal entendido no es dable compensarlos en su integridad y, en consecuencia, no es posible entender que era intención del empleador asumir su reconocimiento, máxime si se tiene en cuenta que echó mano de una figura como el cooperativismo para dejar en cabeza de un tercero sus obligaciones patronales, por lo que, no resulta dable deprecar de su actuar, buena fe.

En cuanto al segundo punto, ciertamente en convenios asociativos no es necesario consignar las cesantías, sin embargo, en el caso de marras, quedó demostrada la existencia de un contrato de trabajo, siendo en ese orden de ideas, obligación del empleador consignar las cesantías; en consecuencia, se considera acertada la condena, máxime si se tiene en cuenta, lo expuesto precedentemente, esto es, que AVIANCA S.A. echó mano de una figura como el cooperativismo para dejar en cabeza de un tercero sus obligaciones patronales, por lo que, no resulta dable deprecar de su actuar, buena fe.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VI. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



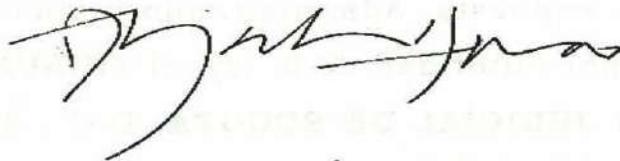
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA, respectivamente.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.
Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “nulidad” y/o ineficacia de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

Solidaridad a través de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que COLPENSIONES reciba a la actora como afiliada cotizante; y que PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad de los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y rendimientos; y

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 146 a 163), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y propuso excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, y la innominada o genérica.

Por su parte, a **PORVENIR S.A.** (fls.199 a 223), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.
Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

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.

COLFONDOS S.A. (fls.242 de 244), se allanó a las pretensiones de la demanda, pues la demandante no cuenta con soportes de asesoría ni de proyección de un cálculo actuarial.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (medio óptico de folio 266), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalidad la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, validez y eficacia del traslado entre administradora de fondos de pensiones del RAIS, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El a quo dictó sentencia condenatoria el 27 de mayo de 2021, declarando ineficaz el traslado de la demandante de COLPENSIONES a PORVENIR S.A., realizado el 13 de julio de 1998, así como la ineficacia de los traslados horizontales, para entender vinculada a la demandante a COLPENSIONES; que AFP PROTECCIÓN debe a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibió con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, cotizaciones obligatorias y voluntarias,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

bonos pensionales, rendimientos financieros, intereses causados; y que COLPENSIONES debe aceptar el traslado de dineros que efectúe PROTECCIÓN S.A. y activar la afiliación de la demandante.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PROTECCIÓN S.A.

Señaló frente a la devolución de gastos de administración, toda vez que son descuentos legales que se realiza en ambos regímenes, lo que implica que si la actora hubiera estado afiliada en el régimen de prima media, estos descuentos se hubieran realizado en las mismas condiciones que en los fondos privados; que estos dineros no financian la mesada pensional, no afectan el I.B.L. ni el monto pensional, y se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos generados; que en atención a las restituciones mutuas no es dable condenar por concepto de gastos de administración, ya que, con este valor COLPENSIONES está incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa, pues está recibiendo los rendimientos más los dineros por la administración de estos, lo que no hizo tal entidad; y que se debe aplicar prescripción de las cuotas de administración, pues se extinguieron por el paso del tiempo.

COLPENSIONES.

Indicó que el interrogatorio de parte no es acorde con la verdad, pues es imposible que se supiera que para 1998 el I.S.S. se iba a acabar, lo único que se denota es que todos los testimonios son iguales; que existe documental que puede constituir indicio, inclusive la liquidación de la prestación por parte de PORVENIR S.A., en la que se establece que su bono pensional valdrá un 23,68% menos de su redención por su traslado, cualquier persona debe observar esto; que el despacho no es el encargado de invertir la carga de la prueba, es la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.
Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

Superintendencia Bancaria (sic) la que debe tomar tal decisión; que con las cotizaciones que tiene el demandante nunca se le va a reconocer una pensión sobre el 90%, por lo que, las interpretaciones son sesgadas; y que no se puede imponer esa clase de costas cuando se está frente al cumplimiento de un deber legal.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de Consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

	derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto,** que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Caso concreto.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 27 de septiembre de 1991 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 166 a 171; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A. el 13 de julio de 1998 (fl.35); **iii)** Migró en el Régimen de Ahorro Individual el 10 de mayo de 2002 a COLFONDOS S.A., y el 14 de diciembre de 2007 a Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN S.A. (fls.36 y 37); **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 07 de junio de 2019, ante PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.S, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls.38 a 42, 46 a 51, y 54 a 67).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

A folio 35 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 13 de julio de 1998 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco es posible tener en cuenta el interrogatorio de las representantes legales de PORVENIR S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

En igual sentido, el cálculo obrante a folio 90, en el que se establece que el valor de la pensión en PORVENIR S.A. sería de \$1'720.789, y en el I.S.S., \$1'617.084, data del 13 de julio de 1998, no obstante, dicho documento carece de argumentos de los que se pueda establecer el fundamento de tales operaciones, por lo que, contrario a lo expuesto por el apoderado de COLPENSIONES en cuanto a que cualquier persona podía ver que por trasladarse después del 31 de diciembre de 1998 su bono pensional valdría 23,68% menos, lo que observa la Sala es que este es un argumento adicional para considerar que no se cumplió con el deber de información, pues se increpa a la actora por su traslado, y se le efectúan unas operaciones sin poderse desprender de manera certera el porqué de tales afirmaciones.

En cuanto al punto de inconformidad de COLPENSIONES se hace necesario aclarar que contrario a lo que expone el apoderado de dicha entidad, con el precedente jurisprudencial anotado no se desconoce lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016, puesto que conforme a dicha corporación el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas); mismo escenario que argumenta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para establecer que la carga de la prueba recae en el fondo privado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora MARTINEZ DULCE en el traslado que este realizó el 13 de julio de 1998, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos debe devolver los **gastos de administración** así como **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Por las mismas razones, **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** también deben devolver los gastos de administración así como las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. En consecuencia, se **MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia, en el sentido ADICIONAR la condena aludida, así como el numeral tercero** a fin de ORDENAR a COLPENSIONES a recibir tales rubros.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.

Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, y en lo referente a **COSTAS**, ciertamente al no ser COLPENSIONES quien incurrió en el incumplimiento al deber de información de la actora, y dado que ni siquiera tuvo injerencia en el traslado de ésta, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE** el numeral quinto de la sentencia en cuanto impuso costas a COLPENSIONES, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES del pago de costas.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.
Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe trasladar PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos debe devolver los **gastos de administración** así como **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.** Igualmente, se **ADICIONA el numeral segundo,** a fin de establecer que **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** también deben devolver los gastos de administración así como las sumas pagadas que fueron pagadas a su favor por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que COLPENSIONES también debe aceptar el traslado de dineros que efectuó PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

TERCERO. –. **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto** de la sentencia en cuanto se impuso costas a COLPENSIONES, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES del pago de costas.

CUARTO. –. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-003-2019-00657 -01.
Demandante: **GLORIA AMPARO MARTÍNEZ DULCE.**
Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A.**

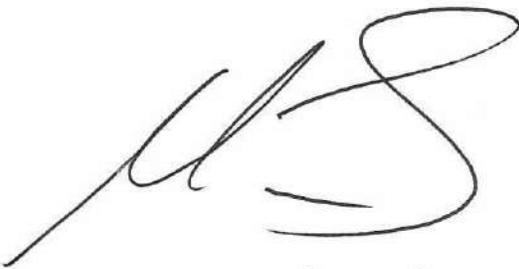
CUARTO. -.Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

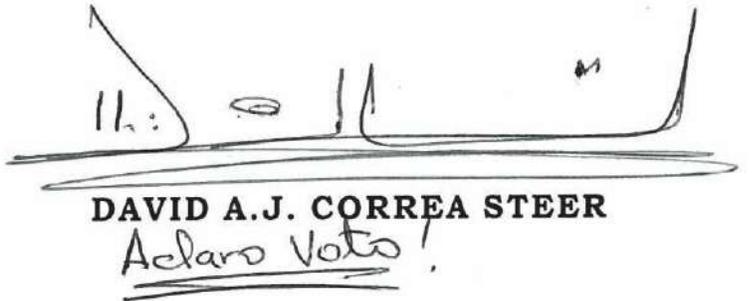
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN CARLOS CARVAJAL RODRÍGUEZ** promoviese contra **CONTINENTAL DE SEGURIDAD LTDA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada del 14 de octubre de 2016 al 02 de febrero de 2017. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no

consignación de las cesantías, salarios de enero y febrero de 2017, vacaciones, prima de servicios, e indemnización moratoria.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó:

1) Laboró al servicio de la demandada del 14 de octubre de 2016 al 02 de febrero de 2017, desempeñando el cargo de Guarda de Seguridad; **2)** Devengó la suma de \$980.000; **3)** Cumplía horario de trabajo de domingo a domingo en turnos rotativos de domingo a domingo de doce horas, esto es, de 6:00 A.M. a 6:00 P.M.; cuatro días de día, cuatro días de noche, y dos días de descanso; **4)** El contrato de trabajo que rigió la relación laboral fue en forma escrita mediante contrato a término fijo inferior a un año; **5)** No fue afiliado al sistema de seguridad social ni le fueron consignadas las cesantías en un fondo; y **6)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende ni los salarios de enero y febrero de 2017.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

CONTINENTAL DE SEGURIDAD LTDA. (fl.59), contestó a través de curador ad litem, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, y propuso como excepción de mérito la que denominó genérica o innominada.

No aceptó ningún hecho. Manifestó que no le constaban los hechos, y que en todo caso, estos debían ser objeto de prueba.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de junio de 2021, a través de la cual dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

Demandante: **JUAN CARLOS CARVAJAL RODRÍGUEZ.**

Demandado: **CONTINENTAL DE SEGURIDAD LTDA.**

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió una relación laboral desde el 14 de octubre de 2016 hasta el 02 de febrero de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada al reconocimiento y pago en favor del actor las sumas que se relacionan a continuación:

- a. Cesantías, \$248.537.
- b. Intereses a las cesantías, \$9.030.
- c. Prima de servicios, \$248.537.
- d. Vacaciones, \$111.682.
- e. Por concepto de salario no cancelado, por el tiempo laborado para el año 2017, la suma de \$848.219.
- f. Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., un salario diario el cual consiste en la suma de \$27.362 a partir del 03 de febrero de 2017 y hasta que se constate el pago de las pretensiones sociales objeto de condena.

TERCERO: Costas a cargo de la demandada, fijense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual legal vigente.

En síntesis, indicó que del contrato de trabajo y de la certificación allegada, es dable extraer que el accionante prestó sus servicios a favor de la demandada del 14 de octubre de 2016 al 02 de febrero de 2017; que el salario acreditado es el salario mínimo conforme contrato de trabajo; que no se logró desvirtuar el elemento de la subordinación; que hay lugar a las acreencias laborales solicitadas en la demanda, con excepción de la sanción por no consignación de las cesantías, ya que, el finiquito laboral acaeció el 02 de febrero de 2017, esto es, antes de que surgiera la obligación de pagar las cesantías de 2016; y que no se encuentra demostrada buena fe del empleador para eximir del pago de sanción moratoria.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

A través de curador ad litem, **CONTINENTAL DE SEGURIDAD LTDA.** expuso que el acervo probatorio para demostrar la causación de prestaciones sociales es muy endeble, incluso el testimonio es insuficiente para establecer la existencia de relación laboral; que la carga probatoria frente a las acreencias laborales recae en la parte actora, por demás que existen unos extractos bancarios, con los que no se pudo extraer a qué rubro laboral correspondían; y que no hay lugar a indemnización moratoria, ya que la buena fe se presume.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de éstas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si es establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo; si la carga probatoria de acreditar el pago de las acreencias laborales objeto de condena recae en cabeza de la parte actora; y si hay lugar a indemnización moratoria.

DEL CONTRATO DE TRABAJO, CARGA DE PROBAR ACREENCIAS LABORALES E INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

Para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio; y a

renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción; en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017, dijo:

“[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Por otra parte, en cuanto al **pago de las acreencias laborales objeto de condena**, se rememora que una vez se encuentra acreditado un contrato de trabajo, le corresponde al empleador demostrar que efectuó el aludido pago, pues es en éste en quien recaía dicha obligación. Al respecto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

Finalmente, la **indemnización moratoria** en reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a la sanción consagrada en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer la procedencia de las indemnizaciones moratorias es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía, el pago, total o parcial, a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado

con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016; Rad. 40509 de 2013; SL1005-2021 y SL1005-2021).

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i)** El 14 de octubre de 2016 Juan Carlos Carvajal Ramírez celebró contrato a término fijo inferior a un año con Continental de Seguridad Ltda., para desempeñar el cargo de Guarda de Seguridad (fls. 11 y 12).
- ii)** El actor laboró hasta el 02 de febrero de 2017 (fl.13).

De igual manera, a juicio compareció en calidad de testigo el señor **Juan Gabriel Pérez Elles**, quien informó que el actor era su vecino; que él trabajaba en CONTINENTAL DE SEGURIDAD LTDA.; que él lo llevaba al trabajo junto con su expareja; que el actor iba a laborar con uniforme; que desconoce el tipo de contrato, salario, y horario de trabajo del demandante; que no recuerda la fecha en que laboró el actor ni por qué éste dejó de trabajar en la empresa; y que no sabe si al actor le pagaron su liquidación final de prestaciones sociales y si le consignaron cesantías, o acreencias laborales en general.

Sentadas las anteriores premisas, en el asunto si bien el testigo Juan Gabriel Pérez Elles es un testigo indirecto y su dicho no resulta lo suficientemente certero, pues no conoce las condiciones en que se desarrolló la relación laboral; ello, no es óbice para considerar que no está demostrado el elemento de la prestación de servicios por parte del demandante, pues al plenario se arrió prueba documental consistente en el contrato de trabajo y certificación expedida por CONTINENTAL DE SEGURIDAD LTDA., que dan cuenta que el actor laboró del 14 de octubre de 2016 al 02 de febrero de 2017, desempeñando el cargo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2017-00675 -01
Demandante: **JUAN CARLOS CARVAJAL RODRÍGUEZ.**
Demandado: **CONTINENTAL DE SEGURIDAD LTDA.**

de Guarda de Seguridad; pruebas estas a las que la Sala les otorga pleno valor.

En consecuencia, le correspondía a CONTINENTAL DE SEGURIDAD LTDA. desvirtuar el elemento de la subordinación, no obstante, brilla por su ausencia prueba que dé cuenta que la labor ejercida por el demandante fuera autónoma, independiente, sin sujeción a horarios y/o poder disciplinario.

Así las cosas, estima la Sala que le asiste razón a la A Quo en declarar la existencia de un contrato de trabajo, por lo que se procede a verificar si está demostrado el pago de las acreencias laborales objeto de condena.

Al respecto, y como quedó visto en precedencia, el pago de las **acreencias laborales objeto de condena**, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y salarios no cancelados por el tiempo laborado en 2017, le corresponde acreditarlo al empleador, sin embargo, no obra en el plenario prueba alguna que dé cuenta de tal pago. Al punto, se aclara que si bien a folios 14 y 15 se allegaron estados de cuenta de Bancolombia no se lograr identificar a que corresponden los pagos que allí se consignan ni por qué concepto.

Finalmente, y frente a la **indemnización moratoria**, analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, no obra prueba de la que se pueda desprender que actuó exento de mala fe, esto es, no se advierte pruebas que den cuenta que la empresa accionada hubiere tenido interés en reconocer las diferentes acreencias laborales que le reclama el demandante, pues ante su ausencia al proceso, el plenario está huérfano de pruebas con las que se pueda establecer motivos de buena fe; en este punto, se reitera que cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2017-00675 -01

Demandante: **JUAN CARLOS CARVAJAL RODRÍGUEZ.**

Demandado: **CONTINENTAL DE SEGURIDAD LTDA.**

empleador quien debe acreditarla, conforme la jurisprudencia expuesta en precedencia.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia por estar representada la demandada por Curador Ad Litem

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

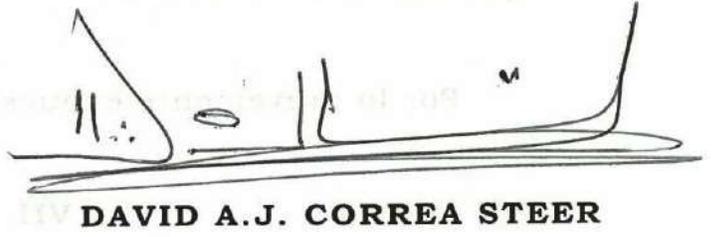
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2017-00675 -01

Demandante: **JUAN CARLOS CARVAJAL RODRÍGUEZ.**

Demandado: **CONTINENTAL DE SEGURIDAD LTDA.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, y ARTURO ARTURO VALENCIA.** promoviesen contra **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, y**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

ARTURO ARTURO VALENCIA, pretenden se declare la existencia de un contrato de trabajo con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., del 06 de abril al 30 de septiembre de 2015, del 01 de abril al 30 de septiembre de 2015, y del 01 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, respectivamente; y que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO debe responder en solidaridad de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, se solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria, e indexación.

Subsidiariamente, se solicita que se tenga como verdadero empleador de los demandantes al FONDO NACIONAL DEL AHORRO; y que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. es solidariamente responsable de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción moratoria, e indexación.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó, que El FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES suscribieron los contratos de prestación de servicios 275 de 2014, y 147 de 2015, con el fin de contratar la prestación del servicio de una empresa de servicios temporales, que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión de FONDO NACIONAL DEL AHORRO; que los demandantes fueron enviados en misión por parte de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES al FONDO NACIONAL DEL AHORRO así: URIEL OSORIO MENDOZA contratado para desempeñar el cargo de Auxiliar I con una remuneración de \$1'334.000; IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA para desempeñar el cargo de Comercial IV con una remuneración de \$1'960.000; y ARTURO ARTURO VALENCIA para desempeñar el cargo de Comercial III con una remuneración

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01
Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**
Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

de \$1'750.000; sus funciones eran del giro ordinario del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, así como existen dentro de la planta de personal de éste; cumplían un horario de trabajo de 7:00 A.M. a 5:00 P.M.; no se les pagaron las acreencias laborales que pretenden; y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. se sometió a un proceso de reorganización.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

FONDO NACIONAL DEL AHORRO (fls. 108 a 154), contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como empleador de los demandantes, buena fe, compensación, e improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones.

Por su parte, **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES** (fls. 205 a 231), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó existencia de procedimiento concursal especial, preferente y prevalente en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes; existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda; y la genérica.

Aceptó la suscripción de contrato comercial 275 de 2014 y 175 de 2015, con EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para el suministro de personal en misión; el contrato de trabajo suscrito

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

con los demandantes, los extremos temporales, cargos y salarios indicados en la demanda; que los demandantes fueron enviados en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO; y que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. se encuentra en proceso de reorganización, por lo que las acreencias laborales se encuentran sometidas a las reglas del concurso, establecidas en el artículo 48 y ss, así como en la Ley 1116 de 2006.

En audiencia del 26 de agosto de 2019, los apoderados judiciales de las partes solicitaron que se integrara a la litis como **llamadas en garantía** a LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A. (fls. 346 y 347).

LIBERTY SEGUROS S.A. (fls. 363 a 390), se opuso a las pretensiones de la demanda, así como al llamamiento en garantía. Propuso como excepciones de mérito las que denominó extinción de las acciones derivadas del contrato de seguro por prescripción de las mismas, obligación de indemnización no se ha hecho exigible, falta de demostración de la ocurrencia del siniestro y la cuantía, existencia de otras pólizas de seguros, cobro de lo no debido (restricción de la póliza), límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción laboral, compensación, y genérica.

Aceptó que suscribió contrato comercial 275 de 2014 y 175 de 2015, los que tenían como fin contratar la prestación del servicio de una empresa de servicios temporales, que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO. No aceptó los demás hechos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

Indicó que las acciones derivadas de las pólizas de cumplimiento 2533998 y 2436541 están afectadas por el término bienal prescriptivo comercial regulado en el artículo 108 del C.Co.; que no se ha demostrado la existencia del siniestro, así como tampoco que exista la obligación de pagar acreencias laborales a los demandantes; que en caso de declararse la existencia de un contrato de trabajo deberá ser asumida la deuda por parte de CONFIANZA S.A.; y que la póliza únicamente incluye salarios y prestaciones sociales, por lo que, no es dable imponerle condenas por otros conceptos.

CONFIANZA S.A. (fls. 450 a 468), se opuso a las pretensiones de la demanda, así como a la del llamamiento en garantía. Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa del FONDO NACIONAL DEL AHORRO para llamar en garantía a CONFIANZA S.A.; los hechos de la demanda no gozan de cobertura/la relación laboral de los demandantes se produjo por fuera de la vigencia de la pólizas; prescripción/la acción derivada del contrato de seguro prescribe dos años después de la ocurrencia del siniestro; agotamiento del valor asegurado de la póliza 24DL007987- única vigente para la fecha de los extremos laborales de los demandantes; buena fe de SEGUROS CONFIANZA S.A.- Improcedencia de extensión de condenas por moratorias en contra de la aseguradora; pago; en caso de proceder una indemnización moratoria, ésta quedará limitada a la fecha en que fue admitido el empleador al proceso de reorganización contemplado en la Ley 1116 de 2006; y los demandantes han sido reconocidos dentro del proceso de reorganización y hoy liquidación judicial de la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES.

Aceptó que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. se encuentra en proceso de reorganización. No aceptó los demás hechos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

Adujo que la vigencia de la póliza finalizó el 01 de enero de 2015, empero los contratos de los demandantes terminaron el 30 de septiembre de 2015, por lo que las obligaciones laborales no gozan de cobertura; que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no fue parte del contrato de seguro 24DL006347 y por lo tanto carece de legitimación en la causa; y que en virtud de las resoluciones expedidas por el Ministerio del Trabajo procedió al pago de \$2'562.183 a favor de URIEL OSORIO MENDOZA, \$2'0183.880 a favor de IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, y \$2'575.792 a favor de ARTURO ARTURO VALENCIA.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 21 de abril de 2021, a través de la cual dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de contratos de trabajo por obra o labor contratada para trabajadores en misión entre las demandantes y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A EN LIQUIDACIÓN así:

URIEL OSORIO MENDOZA	IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA	ARTURO ARTURO VALENCIA
Entre 06/04/2015 al 30/09/2015, en el cargo de auxiliar I con un salario de \$1'334.000.	Entre el 01/04/2015 hasta el 30/09/2015, en el cargo de técnico II y salario de \$1'960.000.	Entre el 01/12/2014 hasta el 30/09/2015, en el cargo de comercial III, salario de \$1'750.000 y de 2014 de \$1'234.000.

De conformidad a la parte considerativa, de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a los demandantes las siguientes sumas por concepto los siguientes conceptos:

1. Prestaciones sociales y vacaciones:

ARTURO ARTURO VALENCIA

CESANTÍAS	\$102.833.33
INTERESES	\$ 1.050.83
VACACIONES	\$ 21.499.66

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

TOTAL	\$125.383,82
--------------	--------------

2.INDEXACIÓN: SE CONDENA a pagar a los demandantes URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, ARTURO ARTURO VALENCIA, por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES por concepto de indexación sobre las sumas por concepto de vacaciones pagadas entre la fecha de la terminación del contrato esto es septiembre 30 de 2015 hasta la fecha del 27 de noviembre de 2018, y en relación a las del señor ARTURO ARTURO VALENCIA se deberá indexar la diferencia de vacaciones \$21.499,66 desde 30 septiembre 2015 hasta la fecha efectiva de pago.

2. Indemnización moratoria del art 65 del C.S.T.:

URIEL OSORIO MENDOZA	IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA	ARTURO ARTURO VALENCIA
\$ 30.059.016	\$ 44.165.108	\$ 39.433.334

TERCERO: SE DECLARAN PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas así:

Se declara probada la excepción propuesta por el FNA denominada ausencia de responsabilidad y carencia de solidaridad.

Se declara probada parcialmente las excepciones de existencia del procedimiento concursal en concurso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales objeto de la demanda propuestas por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. respecto de los pagos realizados a los demandantes.

Se releva el despacho del estudio de las demás excepciones propuestas por las resultas del proceso y EN CONSECUENCIA ABSOLVER a la OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. hoy en liquidación de las pretensiones por las cuales no se impartió condena.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A EN LIQUIDACIÓN a favor de los demandantes, TASENSE E INCLUYASE COMO AGENCIAS EN DERECHO las suma de \$6'000.000 a favor de las demandantes a prorrata de los derechos reconocidos.

QUINTO: El despacho se relevó del estudio de los llamamientos en garantía impetrados por el Fondo Nacional del ahorro a LIBERTY SEGUROS S.A. y SEGUROS CONFIANZA SA. por cuanto no existieron condenas impuestas al Fondo Nacional del Ahorro, razón por la cual no se aplicará sanción alguna dentro de este proceso por no haber existido ninguna condena en cabeza del Fondo Nacional del Ahorro; razones por las cuales no se imponen condenas en esta sentencia a estas dos llamadas en garantía de la decisión, de conformidad expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En síntesis, indicó que no existe controversia entre el vínculo laboral de los demandantes con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., pues esto se aceptó desde la contestación de la demanda, mediante contrato de obra o labor; que está acreditado que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO celebró

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

contratos de prestación de servicios con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., para que ésta suministrara personal en misión a fin de que la primera, cumpliera sus objetivos especialmente en educación; que por lo anterior, está demostrado las razones de la solicitud de trabajadores en misión, pues existía un alza en el desarrollo de su objeto social; y que los demandantes no laboraron más de un año, por lo que, no es dable tener como su empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Señaló que está acreditado el pago de prestaciones sociales a favor de los demandantes por parte de CONFIANZA S.A., por lo que, los valores pagados por tales conceptos se deben compensar de las condenas impuestas por prestaciones sociales y vacaciones; y que por lo dicho, se deben pagar las diferencias por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, y vacaciones, las que únicamente existieron frente a ARTUTO ARTURO VALENCIA, pues no se encontró la consignación de las cesantías de 2014, y no se tomó para liquidar el salario correcto, esto es, la suma de \$1'750.000.

Ordenó el pago de la indemnización moratoria porque no resulta justificable la tardanza en el pago de las prestaciones sociales con la iniciación de la reorganización empresarial y el proceso concursal de liquidación, en la medida en que los contratos de los demandantes terminaron en septiembre de 2015 y la Superintendencia admitió el proceso de reorganización el 29 de febrero de 2016.

Por lo anterior, se liquidó la sanción causada por 408 días corridos entre el 30 de septiembre de 2015, fecha de terminación de los contratos, y el 17 de noviembre de 2016, data en la que la Superintendencia dio apertura al trámite de liquidación judicial de los bienes de la Empresa de Servicios Temporales demandada.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

Adicionalmente sentenció que la indexación es incompatible con la condena impuesta por sanción moratoria, no obstante, las vacaciones se deberán pagar debidamente indexadas, las que se causaron a favor de ARTURO ARTURO VALENCIA, y fueron pagadas tardíamente a los demandantes.

Concluyó indicando que no hay lugar a declarar solidaridad, pues no se omitió el pago de aportes a seguridad social; que no hay lugar al llamamiento en garantía, ya que, no se impuso condena al FONDO NACIONAL DEL AHORRO; y que no operó prescripción pues no transcurrió el término de tres años al haberse demandado el 06 de diciembre de 2016.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

LA PARTE DEMANDANTE -en su totalidad- señaló que la indemnización moratoria se debe extender hasta el momento en que se hizo efectivo el pago de las prestaciones sociales, pues la crisis económica no es un hecho por el que deba responder el trabajador; y que el proceso de reorganización es una situación accesoria, así como que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO debe responder en solidaridad, ya que, las actividades de los demandantes estuvieron ligadas al objeto social de fondo; y que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO lo que debió solicitar es la ampliación de su planta de producción y que, al prosperar la solidaridad frente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO deben ser estudiados los llamamientos en garantía.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

FONDO NACIONAL DEL AHORRO y LIBERTY SEGUROS S.A., para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar i) si es dable extender la indemnización moratoria impuesta a OPTIMIZAR SEVICIOS TEMPORALES S.A. hasta la fecha efectiva de su pago; ii) si el FONDO NACIONAL DEL AHORRO debe responder en solidaridad por las condenas impuestas; y iii) si hay lugar a imponer condenas a las llamadas en garantía.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

Lo primero por recordar es que corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización sanción moratoria, que se encuentra consagrada en el Art. 65 del C.S.T. También sea del caso recordar, que dicha sanción no es de aplicación automática, sino que debe analizarse la conducta del empleador incumplido, es decir, si su omisión responde a una actuación de mala fe, caso en el cual se hará acreedor de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

mencionada sanción (CSJ SL12854-2016) y que se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, Rad. 40509 y la SL1005-2021).

Concretamente para el caso que nos ocupa la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de enero de 2012, Rad. 37288, estableció que no se puede interpretar *la situación de reorganización* de una empresa, como si se estuviera frente a un proceso de liquidación, y que por ende genere un estado de fuerza mayor, para que el empleador se abstenga de efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, puesto que la finalidad de la reorganización es totalmente opuesta a la de liquidación, en tanto que la última busca ponerle fin a la empresa, mientras que la primera es un mecanismo para salir de la crisis económica a fin de evitar la liquidación de la empresa.

Y en las sentencias SL - 1628 del 26 de noviembre de 2014, SL2833-2017, y SL1186-2019, señaló que las sanciones moratorias no pueden operar más allá de la data en que entra en liquidación obligatoria la sociedad demandada, pues a partir de dicha fecha no se puede deducir que la empleadora siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes.

SOLIDARIDAD.

Conforme a la solidaridad consagrada en el artículo 34 del CST, el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, puede responder por los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores vinculados laboralmente con el contratista independiente, salvo cuando las labores del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio. Así mismo, para su declaratoria no basta que la actividad desarrollada por el contratista independiente, cubra una necesidad propia del beneficiario, sino que además resulta necesario que las labores estén directamente vinculadas con su explotación o actividad económica, esto es, que se trata de una función normalmente desarrollada por el contratante e inherente a la actividad de la empresa beneficiaria o dueña de la obra. (SL4479-2020; SL869-2019).

La situación de las empresas de servicios temporales, -EST- es distinta, al tratarse de una situación de intermediación y no de externalización laboral. En efecto, la Ley 50 de 1990 las define como aquellas personas jurídicas especializadas que se encargan de remitir personal propio -denominado en misión- a otras personas naturales o jurídicas, denominadas empresas usuarias, para que colaboren de forma temporal en el desarrollo de las actividades de estas últimas, por el tiempo y los casos en que es permitido por la legislación. Sobre la distinción en referencia, en la sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en la sentencia SL4162-2021, se explicó:

“Es fácil advertir entonces que la figura del contratista independiente difiere de la empresa de servicios temporales; entre las notas distintivas, pueden destacarse las siguientes: La E.S.T. es persona jurídica cuyo funcionamiento autoriza el Ministerio del Trabajo, organismo que siempre debe controlar su actividad, mientras el contratista independiente puede ser persona natural o jurídica cuya labor no se halla controlada por dicho Ministerio.

La E.S.T. según la ley se compromete en un contrato de prestación de servicios, pero no se obliga a un particular resultado o a ejecutar en realidad una definida prestación de servicio, sino a facilitar al usuario el servicio de determinados trabajadores, mientras que el contratista se obliga directamente a construir una obra o a prestar un servicio.

Aunque el contratista y la E.S.T. son empleadores, aquél ejerce directamente la subordinación con respecto de los trabajadores comprometidos en el contrato de obra o de prestación de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

servicios, mientras que esta delega en el usuario la subordinación relativa a los trabajadores en misión.

El contratante o beneficiario responde solidariamente con el contratista de las obligaciones laborales adquiridas por este, mientras que el usuario de la E.S.T. no responde por los derechos laborales de los trabajadores en misión”.

Conforme lo anterior, las empresas de servicios temporales son sociedades de intermediación laboral, no contratistas independientes, por manera que, no es aplicable el artículo 34 del C.S.T. y en consecuencia, la solidaridad entre éstas únicamente es viable por excepción. Al punto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia SL4162-2021, señaló:

“Ahora, en el caso de las empresas de servicios temporales, dada su condición de empleadoras, la figura de la **solidaridad en relación con el incumplimiento de obligaciones que puede establecerse respecto a las empresas usuarias se aplica únicamente por excepción.**

Por ejemplo, el artículo 35 numeral 3.º del Código Sustantivo del Trabajo dispone que en aquellos casos en que se celebre un

contrato de trabajo obrando como simple intermediaria y esta omita *«declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas».*

Asimismo, la legislación y la jurisprudencia de la Corporación han establecido otras situaciones en las que también se configura la responsabilidad solidaria entre las empresas de servicios temporales y las usuarias, tal como ocurre en los casos de: (i) omisión de la información sobre afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social integral de trabajadores en misión – artículo 13 del Decreto 4369 de 2006-; (ii) cuando se contrata a una empresa de servicios temporales sin el cumplimiento de los requisitos para su constitución y funcionamiento -artículo 20 numeral 3.º *ibidem*-, y (iii) cuando la empresa usuaria ha desbordado el marco obligacional convenido con la empresa de servicios temporales, tal como ocurre cuando incumple las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 –parágrafo artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006- (CSJ SL467-2019), o cuando le ocurre un infortunio laboral por orden de la empresa usuaria en una labor distinta a la que generó el envío de aquel por parte de la E.S.T. (CSJ SL15195-2017)

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

1. Análisis del caso en concreto

Conforme al anterior marco normativo, la Sala advierte que en el presente caso no es objeto de discusión que la relación entre la empleadora y las entidades respecto a las que se solicitó su condena solidaria se dio bajo la convicción de estar en el marco de una intermediación laboral entre una E.S.T. y una compañía usuaria.

Asimismo, tampoco se discutió el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada que acordaron el accionante y la E.S.T. como trabajador en misión para el desempeño en funciones de ayudante de construcción de las instalaciones en Neiva de la Clínica Medilaser S.A.

Así las cosas, es evidente que el *ad quem* confundió la institución del contratista independiente con la de las empresas de servicios temporales, figuras jurídicas que son autónomas e independientes, de modo que no es posible analizar la figura de la solidaridad conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, pues Temporal Efectivos Ltda. no actuó como contratista independiente.

Por esa razón, el cargo es fundado”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a **i)** la suscripción de los contratos de prestación de servicios No 214 de 2014, y 147 de 2015, los días 26 de noviembre de 2014 y 1 de julio de 2015 respectivamente, entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. para el suministro de personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del primero (medio óptico de folio 510); **ii)** y que los señores demandantes laboraron al servicio de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., en las fechas indicadas en la demanda, aceptadas en la contestación a la demanda por parte de dicha entidad (fl.262, 263 Y 264); **iii)** que los contratos de los demandantes finalizó el 30 de septiembre de 2015 (fls. 17, y 232 a 234); **iv)** que el 15 de febrero de 2016 se admitió por parte de la Superintendencia de Sociedades en proceso de reorganización

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. (medio óptico de folio 510); v) que el 17 de noviembre de 2016, dicha Superintendencia decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. (fls. 84 a 89) y finalmente, vi) que mediante Resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016, el Ministerio del Trabajo ordenó a cargo de CONFIANZA S.A. con fundamento en la póliza de seguros DL008460 de 2016 el pago de prestaciones sociales y vacaciones (medio óptico de folio 510).

Sentadas las anteriores premisas, en el asunto concreto se tiene que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. entró en proceso de reorganización conforme a la Ley 1106 de 2006 mediante Auto N° 400-002370 del 15 de febrero de 2016, empero que, a través del Auto N° 400-002550 del 17 de noviembre de 2016, la Superintendencia de Sociedades resolvió decretar la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la sociedad de la referencia (fls.84 a 89).

Así las cosas, estima esta Sala que el solo hecho objetivo del proceso de reorganización al que se sometió la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. no puede considerarse como eximente de la indemnización moratoria, pues como se indicara en las sentencias antes referidas, no basta con que el empleador se haya acogido a tal mecanismo, sino que debe acreditar el cumplimiento de las cargas establecidas en dicho proceso para tener por probada su buena fe.

Por tanto, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, no obra prueba de la que se pueda desprender que actuó exento de mala fe, esto es, no se advierte pruebas que den cuenta que la empresa temporal hubiere tenido interés en reconocer las diferentes acreencias laborales que adeudaba a los demandantes antes de la apertura

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

del proceso de liquidación, ni siquiera se observa que hubiera buscado lograr un acuerdo de pago con éstos, por el contrario, lo que se advierte es que tuvo que intervenir el Ministerio de Trabajo para garantizar el pago de las acreencias laborales mínimas de los trabajadores, como es el caso de las prestaciones sociales y las vacaciones, entidad que ordenó su pago a través de la Resolución 003863 de 2016, a cargo de CONFIANZA S.A. con fundamento en la póliza de seguros DL008460 de 2016 (medio óptico obrante a folio 510).

En este punto, se resalta que CONFIANZA S.A. notificó el pago de acreencias laborales al FONDO NACIONAL DEL AHORRO el 25 de enero de 2018, data posterior a la fecha en que la Superintendencia de Sociedades resolvió la apertura del trámite liquidación de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., 17 de noviembre de 2016 (medio óptico de folio 510).

De esta manera, se considera que hay lugar a la indemnización moratoria, empero, únicamente puede reconocerse hasta que se dio apertura al proceso de liquidación, ya que no resulta viable inferir que la empleadora, sometida a liquidación forzada, siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer los intereses y créditos de los trabajadores demandantes; igualmente, debido a que el liquidador designado en tal proceso es un agente diferente al empleador, que entra a manejar los destinos de la empresa, razones que conllevan a que la indemnización moratoria, sólo se puede imponer dicha sanción hasta el 16 de noviembre de 2016, pues el día siguiente se resolvió por parte de la Superintendencia de Sociedades dar apertura al proceso de liquidación de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

Por tanto, se considera acertada la condena de indemnización moratoria impuesta por el A Quo, quien tuvo en cuenta los mismos lineamientos señalados a lo largo de la sentencia, y en consecuencia se procederá a verificar el salario base que se debió observar por la A Quo, para liquidar la indemnización moratoria de URIEL OSORIO MENDOZA, al haber sido impugnada tal situación.

Al respecto, se encuentra que el salario de tal demandante ascendía a la suma de \$1'334.000, tal y como la misma activa lo señaló en el hecho 1.10 de su demanda (fl.33), aparece en la liquidación final de prestaciones sociales (fl.232), y fue certificado por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. (fl.262), por lo que, el salario para liquidar la indemnización moratoria no puede ser otro que el valor aducido; misma base salarial que tomó la Jueza de Primera Instancia para liquidar la indemnización moratoria, advirtiendo además que en el expediente no obra prueba alguna que contraríe el valor que el mismo accionante confesó como salario, por lo que, se CONFIRMARÁ en tal sentido la sentencia.

Finalmente, y en relación con la **solidaridad del FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos en la sentencia SL4162-2021, es claro que al remitirse personal en misión por parte de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, no se trata de un contratista independiente sino de una intermediaria, por lo que, en ese orden de ideas no es dable imponer la solidaridad del artículo 34 del C.S.T., esto es, como si tratara del dueño o beneficiario de una obra, como lo pretenden los impugnantes.

Del mismo modo, y dado que esta solidaridad entre empresa de servicios temporales y usuaria sólo aplica en casos excepcionales como lo son: i) obrar como simple intermediario y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

no declarar esa calidad ni el nombre del empleador.; (ii) omitir información sobre afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social integral de trabajadores en misión – artículo 13 del Decreto 4369 de 2006 (iii) contratar una empresa de servicios temporales sin el cumplimiento de los requisitos para su constitución y funcionamiento -artículo 20 numeral 3.º *ibidem*-, y (iv) cuando la empresa usuaria desborda el marco obligacional convenido con la empresa de servicios temporales, tal como ocurre cuando incumple las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 –parágrafo artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, o cuando le ocurre un infortunio laboral por orden de la empresa usuaria en una labor distinta a la que generó el envío de aquel por parte de la E.S.T.; era carga de la parte actora demostrar alguno de estos escenarios, situación que no ocurrió en el de marras.

En efecto, sobre el tópico, no fue objeto de controversia, la falta de pago de aportes a seguridad social por parte de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., los requisitos de constitución y funcionamiento de ésta, ni que alguno de los demandantes hubiera incurrido en un infortunio laboral por orden de la empresa usuaria; y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. señaló su calidad de empresa de servicios temporales y que sus trabajadores serían remitidos en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Sin embargo, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO sí desbordó el marco obligacional convenido con la empresa de servicios temporales, pues se incumplieron las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 –parágrafo artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006- por cuanto si bien no se superaron seis meses de labor, lo cierto es que los demandantes desempeñaban los cargos de Auxiliar I, Técnico II, y Comercial III, cargos guardan relación directa con las actividades del FONDO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

NACIONAL DEL AHORRO que están plasmadas en el artículo 3 de la Ley 432 de 1998, siendo una de estas la de *“adelantar programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados”*, por lo que, era necesario que su personal atendiera clientes, recibiera afiliaciones y efectuara asesorías.

Lo dicho, por cuanto la función principal de ARTURO ARTURO VALENCIA como Comercial III era *“brindar asesoramiento a los Consumidores Financieros actuales y potenciales, que dé respuesta a sus necesidades a través del trámite de los productos del FNA, cumpliendo las políticas del Sistema de Atención al Consumidor Financiero y demás requisitos normativos vigentes, en pro de dar cumplimiento de los objetivos estratégicos de la Entidad e incremento de las metas comerciales”*; y las funciones de IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA y de URIEL OSORIO MENDOZA eran las de *“apoyar al personal encargado en el desarrollo de las funciones de la dependencia, de acuerdo con las directrices correspondientes”* (medio óptico de folio 510).

De esta manera, evaluada la prueba recaudada es dable establecer que las funciones que desarrollaron los demandantes no eran ocasionales, accidentales, o transitorias distintas de las actividades propias del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, máxime si se tiene en cuenta que los contratos 275 de 2014 y N° 147 de 2015 celebrados entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. tuvieron por objeto el suministro de personal en misión para cubrir las necesidades de **crecimiento y expansión** del primero. Al respecto, en sentencia SL4388-2021, en un caso de contornos similares al que hoy se estudia la Corte estableció:

“En efecto, con las certificaciones visibles a folios 51 y 52 del expediente, queda claro, entre otras cosas, que el cargo

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

desempeñado por la demandante fue el de Comercial I. Según el listado de funciones asignadas al cargo de auxiliar comercial, el cual reposa a folio 54 con el membrete del Fondo Nacional del Ahorro, se observa que eran, entre otras, las de adelantar acciones comerciales con el objeto de captar créditos de vivienda, educativos y afiliaciones al Fondo, revisar las solicitudes de crédito, dar información, recibir, atender y tramitar las solicitudes presentadas por los afiliados y clientes relacionadas con el portafolio de servicios ofrecido por la entidad, entre otras.

Todas estas actividades dicen relación con las funciones del Fondo Nacional del Ahorro que están plasmadas en el artículo 3 de la Ley 432 de 1998, siendo una de estas la de «[...] adelantar programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados [...]». Funciones como esta responden a uno de los objetos cardinales de la entidad, como lo es, el de contribuir «[...] a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social.» (art. 3, L. 432/98). De lo anterior se sigue, entonces, que las labores que debía desempeñar la accionante no eran meramente accidentales o transitorias, sino que se requerían en forma permanente en la entidad.

Tampoco está demostrado que su vinculación se requiriera para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, o para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas, pues a folios 299 a 308 del plenario militan los contratos suscritos por María Angélica Ochoa González y Temporales Uno A Bogotá S.A., el 5 de septiembre de 2012, el 1° de febrero de 2013 y el 28 de enero de 2014, y en ninguno de ellos se indica que la vinculación de la demandante se enmarcara en alguna de aquellas hipótesis del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

En efecto, en el primero de ellos dice que la obra para la cual fue contratada la demandante fue la de profesional de apoyo, y que el motivo que dio origen a esa obra o labor fue el de «DESEMPEÑAR LA DE MONITOR DE OFICIA (sic)». En el segundo y tercer contrato, se visualiza que el motivo que dio lugar a la obra o labor es «APOYO TEMPORAL», pero, nuevamente, no hay ninguna referencia para poder delimitar en el tiempo ese apoyo que prestaría la demandante a la supuesta empresa usuaria.

Finalmente, menos podía argumentar la pasiva que la contratación de la actora se dio para la prestación de servicios, conforme a la parte final del numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por dos razones: primero, porque como ya se advirtió, la actividad para la cual fue seleccionada no tenía el carácter de temporal sino permanente; y (ii) porque, en todo caso, la prestación del servicio superó con creces el límite máximo de un año previsto en esa preceptiva, ya que, conforme se ve en las certificaciones y en los contratos ya aludidos, ella

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01
Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**
Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

laboró continua e ininterrumpidamente para el Fondo Nacional del Ahorro desde el 5 de septiembre de 2012 hasta el 24 de noviembre de 2015”.

Por tanto, se **REVOCARÁ PARCIALMENTE el numeral tercero** de la sentencia, en cuanto se declaró probada la excepción propuesta por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO denominada ausencia de responsabilidad y ausencia de responsabilidad, para en su lugar, DECLARAR al FONDO

NACIONAL DEL AHORRO solidariamente responsable de las condenas que se impusieron a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

Finalmente, y en relación con el **llamamiento en garantía**, es necesario advertir que si bien el asegurado, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, no fue objeto de condena en primera instancia, como quedó visto, en esta instancia, se arribó a una conclusión diferente, pues dicha entidad, en solidaridad con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., debe asumir como las acreencias laborales objeto de condena, por lo que se procede a verificar si alguna de las llamadas en garantía puede cubrir las condenas impuestas.

Al respecto, se tiene que CONFIANZA S.A. fue llamada en virtud de la póliza DL006347, la que tenía vigencia hasta el 01 de enero de 2015, por lo que, para la época de la terminación del contrato de trabajo de los demandantes, 30 de septiembre de 2015, ya no tenía cobertura.

Por su parte, LIBERTY SEGUROS S.A., fue llamada en virtud de las pólizas 516839, 2436541, y 2533998, no obstante, la primera tuvo vigencia hasta el 31 de mayo de 2016, por lo que, no tenía cobertura para la época de la terminación del contrato de trabajo de los demandantes, no siendo así con las pólizas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

2436541 y 2533998 las que tuvieron cobertura hasta el 31 de mayo y 01 de octubre de 2018, respectivamente, y que establecen no solo el pago de prestaciones sociales sino también de indemnizaciones como la sanción moratoria (medio óptico de folio 510). Las aludidas pólizas de cumplimiento establecen:

"1.5 AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES.

EL AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES, E INDEMNIZACIONES LABORALES CUBRIRÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS QUE SE LE OCACIONEN COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTÉ OBLIGADO EL CONTRATISTAS GARANTIZADO, DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN DEL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO AMPARADO EN EL TERRITORIO NACIONAL.

ESTA GARANTÍA NO SE APLICARÁ PARA LOS CONTRATOS QUE SE EJECUTEN EN SU TOTALIDAD FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL POR PERSONAL CONTRATADO BAJO UN RÉGIMEN JURÍDICO DISTINTO AL NACIONAL". (medio óptico de folio 510).

Finalmente, se aclara que frente a la excepción de prescripción propuesta por la aseguradora, se rememora que el artículo 1081 del C.Co. establece:

"ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes."

Conforme lo anterior, el medio exceptivo no está llamado a prosperar por cuanto sólo a través del conocimiento de esta causa, se declara a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

obligación del pago de acreencias laborales, por lo que sólo con la ejecutoria de la decisión que se tome sobre el asunto, nace el derecho a efectuar el cobro de la misma en virtud de la póliza constituida a su favor.

Conforme a lo anterior, se hace necesario **REVOCARÁ el numeral quinto** de la sentencia, y en su lugar, se **CONDENARÁ** a LIBERTY SEGUROS S.A., a asumir el pago de las condenas impuestas, las que se deberán reconocer teniendo como límite el monto del valor asegurado a través de las pólizas de cumplimiento 2436541 y 2533998.

VII. COSTAS.

Costas en ambas instancias a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y de la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A. Las primeras, se pagarán a favor de la parte actora, y las segundas, a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero** de la sentencia, en cuanto se declaró probada la excepción propuesta por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO denominada ausencia de responsabilidad y ausencia de responsabilidad, para en su lugar, **DECLARAR** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO solidariamente

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

responsable de las condenas que se impusieron a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

SEGUNDO - REVOCARÁ el numeral quinto de la sentencia. En su lugar, se **CONDENA** a LIBERTY SEGUROS S.A., a asumir el pago de las condenas impuestas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y en solidaridad al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, las que se deberán reconocer teniendo como límite el monto del valor asegurado a través de las pólizas de cumplimiento 2436541 y 2533998.

TERCERO- CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

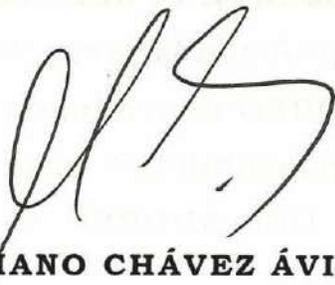
CUARTO - Costas en ambas instancias a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y de LIBERTY SEGUROS S.A. Las primeras serán a favor de la parte actora, y las segundas, a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

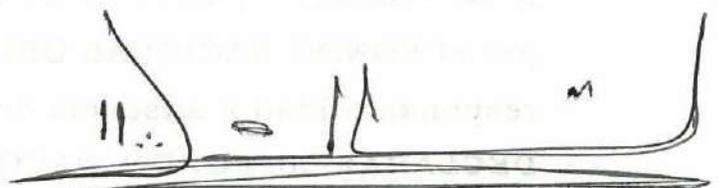
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Salvo voto

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2017-00397 -01

Demandante: **URIEL OSORIO MENDOZA, IBONNET LUISA FERNANDA FORERO SANTANA, Y ARTURO ARTURO VALENCIA.**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y LIBERTY SEGUROS S.A., respectivamente.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de julio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **SALATHIEL JOSÉ SOTILLO JULIO** promoviese contra **CARBONES DEL CERREJON LIMITED.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el actor, pretende se deje sin efectos la sanción disciplinaria de descuento de trabajo, y descuento de salarios. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de los ochos días de salario debidamente indexados, reliquidación de prestaciones sociales legales y extralegales, reliquidación de aportes a

seguridad social, e indemnización plena de daños y/o perjuicios morales.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Ingresó a trabajar al servicio de la demandada mediante contrato a término indefinido el 01 de octubre de 2004, para prestar sus servicios personales en el complejo minero ubicado en la Guajira, en el cargo de *Maquinista*; **2)** Devengaba \$3'800.427; **3)** Se encuentra afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria del Carbón- SINTRACARBON; **4)** SINTRACARBON y la demandada suscribieron la Convención Colectiva de Trabajo 2016-2017; **5)** Se le ordenó que debía trasladarse a la ciudad de Cartagena para prestar tres turnos 7x7 del 7 al 13 de junio, del 21 a 27 de junio, y 05 al 11 de julio de 2017; **6)** La empresa legalizó la devolución de los costos de lo que implicó cumplir con los tres turnos de trabajo en la ciudad de Cartagena; **7)** El 05 de agosto de 2017 se le comunicó el inicio de un procedimiento de cargos y descargos para el día 08 de agosto de 2017, por cuanto se presentaron tiquetes de viaje elaborados manualmente por la empresa de transporte Marsol, la que no presta los servicios de transporte Riohacha- Cartagena; **8)** En diligencia de descargos indicó que las facturas entregadas son del servicio de transporte puerta a puerta, que por lo anterior adjunto servicios de taxi, y que desconoce la prestación de servicios de la empresa de transporte Marsol en otras modalidades; **9)** Pese a lo anterior, el 09 de agosto de 2017, se le impuso una sanción correspondiente a ocho días de trabajo; **10)** El 21 de agosto de 2017 interpuso recurso de apelación, no obstante, el 01 de septiembre del mismo año, se confirmó la decisión inicial; **11)** La sanción se materializó del 02 al 09 de septiembre de 2017, por lo que no se le pagaron salarios en tal fecha, y se descontaron los ocho días para efectos de liquidar prestaciones sociales y pagar aportes a seguridad social; y **12)** El actuar de la empresa demandada le generó perjuicios morales, pues esta situación lo afligió y afectó su relación laboral ante sus superiores.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED (fls.146 a 158), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago, buena fe, prescripción, y la genérica.

Aceptó los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo, su modalidad, los extremos temporales, el cargo, el lugar donde presta servicios el actor, la existencia de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 2016-2017 suscrita con SINTRACARBÓN, la afiliación del demandante a dicho sindicato así como que se beneficia del acuerdo convencional, los descargos, las sanciones efectuadas al demandante y su ratificación es decir la imposición de ocho días de trabajo como sanción; y que efectuó los descuentos correspondientes en seguridad social y prestaciones sociales, en virtud de la sanción impuesta.

Señaló que la sanción que le impuso a su trabajador es legal y justa, como quiera que en investigación realizada por la empresa se logró determinar que las facturas allegadas por el trabajador para demostrar su transporte de Riohacha a Cartagena no fueron expedidos por la empresa de transporte Marsol, pues ésta no presta servicios entre tales ciudades; que con lo anterior se violó la política de ética de la empresa, por lo que la empresa impuso la sanción correspondiente previo procedimiento establecido convencionalmente; y que durante el tiempo de a suspensión del contrato de trabajo, únicamente se afectó el aporte a riesgos laborales, empero, no ocurrió ningún siniestro, de manera que no es dable el reconocimiento de los aportes en tal sistema.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 02 de julio de 2021, a través de la cual dictó **sentencia condenatoria**, en la que se ordenó dejar sin efectos jurídicos la sanción disciplinaria consistente en la suspensión temporal del contrato de trabajo por 8 días, que le fue impuesta al demandante por CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED el 19 de agosto de 2017 y condenar al empleador a CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED a pagar al demandante la suma de \$1'261.427, indexada al momento de su pago. Negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la pasiva

Luego de encausar el problema jurídico valoró la prueba arrojada y concluyó, en síntesis, que a quien le corresponde acreditar el porqué de la sanción impuesta es al empleador, advirtiéndole que la falta tenía que estar previamente establecida en reglamento, convención, o contrato de trabajo, pero que no obstante, brilla por su ausencia el reglamento de trabajo para poder corroborar no solo que la falta cometida por el actor era sancionable, sino la cantidad de días a imponer como suspensión. ;

Agregó que en la Convención Colectiva de Trabajo 2016-2017 se establece que para imponer una sanción, se debe informar al trabajador las presuntas normas violadas, las presuntas faltas, así como el tiempo del supervisor para notificar la diligencia de descargos, y la garantía de estar acompañado en esta por miembros del sindicato; que el tiempo que tenía el supervisor para notificar los descargos era de cuatro días hábiles, que la cuenta de cobro se presentó por parte del trabajador el 20 de julio de 2017, y tan solo se le notificó su llamado a descargos el 05 de agosto de 2017; que de tenerse en cuenta la comunicación de la empresa Marsol atinente a que no tenía la ruta de Riohacha-Cartagena, se arribaría a la misma

conclusión, pues tal noticia data del 26 de julio de 2017, por lo que, transcurrieron más de cuatro días hábiles desde tal término hasta cuando se notificó al trabajador sus descargos; que aunado a lo anterior, la empresa no señaló las normas transgredidas ni las faltas en que se enmarcaban, así como tampoco se notificó la sanción dentro de los cuatro días hábiles siguientes de haberse llevado a cabo los descargos, ni se resolvió la apelación en término, pues se presentó apelación el 21 de agosto de 2017 y la reunión de confirmar la sanción se efectuó hasta el 31 del mismo mes y año; y que según Convención Colectiva de Trabajo 2016-2017 si no se acata el procedimiento para imponer sanciones, esta se considera inexistente.

Señaló que conforme a lo expuesto por el actor, el servicio que se prestó fue particular, no obstante, el actuar de la demandada únicamente se limitó a solicitar a Marsol una certificación para verificar si prestaban el servicio Riohacha-Cartagena, sin que la empresa hubiera impuesto la sanción con el convencimiento de un actuar fraudulento del actor, pues la anterior probanza es insuficiente para determinar si las facturas allegadas por el actor eran falsas, fueron expedidas por la empresa transportadora, si eran de otra compañía, entre otras situaciones; y que las facturas incluyen nombre de la empresa, NIT, valor, y la firma del representante de la empresa Marsol, razones por las que, explicó, hay lugar a reconocer ocho días de salario debidamente indexados.

Desestimó la condena a indemnización plena de perjuicios concretamente a los perjuicios morales, por considerar que el demandante no los acreditó, dado que los testigos de la parte actora únicamente relataron que el demandante tuvo un impacto psicológico sin concretar el porqué de tales afirmaciones.

Concluyó advirtiendo que no operó la excepción de prescripción, dado que la condena que se impone data del 17 de agosto de 2017 y se demandó el 06 de febrero de 2019.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Manifiesta que se deben pagar los **daños morales**, pues está acreditado el nexo de causalidad entre la indebida sanción que aplicó la demandada y la condena económica que se hace en instancia judicial, pues no está demostrado en convención colectiva de trabajo, contrato de trabajo, o reglamento interno, el hecho configurativo que llevó a la sanción; que quedó demostrado que el empleador violó el debido proceso ni prueba para sancionar al trabajador; y que lo anterior generó un daño moral, que se acreditó especialmente con los testigos, debiéndose condenar el que se señaló en la demanda o el que considere la segunda instancia condenar.

PARTE DEMANDADA.

Manifestó que el fundamento normativo de la sanción es la *Política Ética de la Empresa*, documento que se anexó con la contestación de la demanda; que con la certificación expedida por la empresa Marsol, es claro que ésta no prestaba la ruta Riohacha- Cartagena, el que es válido y legal, pues al no existir la ruta no puede expedir un tiquete en tal sentido; y que la sanción se impone porque los tiquetes no tienen el mérito de ser cobrados ante la empresa.

Explicó que en los términos de la convención colectiva de trabajo, los días hábiles se refieren a los días en que labora el trabajador, turnos que fueron allegados y adjuntados; que la empresa únicamente tuvo conocimiento de la falta del trabajador con posterioridad al recibo de las facturas que allegó éste, y verifica a través de la certificación que expide Marsol; que según los testigos de la parte actora, quien vendió el tiquete es un revoleador de tiquetes, quien no podía expedirlo ni venderlo a nombre de Marsol; que con la certificación de Marsol bastaba

para determinar la falta en que incurrió el actor; y que en la carta del 05 de agosto de 2017 se señalaron los hechos por los cuales el accionante era llamado a descargos.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si estuvo ajustada a la ley, concretamente a la Convención Colectiva que regula las relaciones de trabajo entre empleador y trabajador la imposición de una sanción disciplinaria al demandante por parte de su empleador; y si hay lugar al pago de perjuicios morales.

DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS EN LA RELACIÓN LABORAL.

Conforme lo dispone el artículo 111 del C.S.T, el empleador puede imponer sanciones disciplinarias, las cuales tienen como limitante que no pueden *“consistir en penas corporales, ni en medidas lesivas de la dignidad del trabajador”*.

Del mismo modo, el artículo 112 del C.S.T. establece que dentro de las sanciones que puede imponer el empleador se encuentra la suspensión del trabajo, la que conforme a la norma aludida *“no puede exceder de ocho (8) días por la primera vez, ni de dos (2) meses en caso de reincidencia de cualquier grado”*. A la par, el artículo 114 del C.S.T. determina que *“el empleador no puede imponer a sus trabajadores sanciones no previstas en el reglamento, en pacto, en convención colectiva, en fallo arbitral o en contrato individual”*, y el artículo 115 ejusdem señala que *“antes de aplicarse una sanción disciplinaria al empleador (sic), debe dar oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite”*.

Por otro lado, no sobra recordar que de imponerse un procedimiento por parte del empleador a través de Pacto o Convención Colectiva de Trabajo, Reglamento Interno de Trabajo, Fallo Arbitral, y Contrato de Trabajo, este no debe ir en contravía de los mínimos que garantiza el ordenamiento legal, recuérdese que el artículo 13 del C.S.T. señala que *“las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo”*.

En similar sentido, la H. Corte Constitucional en sentencia C-593 de 2014 señaló que para garantizarse el debido proceso en los procesos sancionatorios, deben agotarse los siguientes pasos:

“Por lo anterior, se hace indispensable que los empleadores fijen, en los Reglamentos Internos de Trabajo, unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso del poder de sancionar y que permitan a los trabajadores conocer tanto las conductas que dan origen al castigo como su sanción, así como el procedimiento que se adelantará para la determinación de la responsabilidad. Allí deben fijarse unos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente.

(...) En este orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha establecido el conjunto de elementos mínimos que debe contemplar el Reglamento Interno de Trabajo al regular el procedimiento para la imposición de las sanciones disciplinarias que en él se contemplen, entre los que se encuentran **(i)** la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción, **(ii)** la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias. Acá debe recordarse que el mismo Código Sustantivo del Trabajo dispone que tanto la conducta como su respectiva sanción debe encontrarse previamente consagradas en el Reglamento Interno del Trabajo, **(iii)** el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados, **(iv)** la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos, **(v)** el pronunciamiento definitivo del patrono mediante un acto motivado y congruente, **(vi)** la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y **(vii)** la posibilidad que el trabajador pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones ya sea ante el superior jerárquico de aquél que impone la sanción como la posibilidad de acudir a la jurisdicción laboral ordinaria". (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son materia objeto de controversia los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo, su modalidad, los extremos temporales, el cargo desempeñado, el lugar donde presta servicios el actor, la existencia de la Convención Colectiva de Trabajo vigencia 2016-2017 suscrita con SINTRACARBÓN (fl 29 a 62); la afiliación del demandante a dicho sindicato así como que se beneficia del acuerdo convencional, (fl 19) así como los descargos, y la sanción disciplinaria de suspensión temporal del contrato de trabajo al demandante por ocho (08) días, no solo porque el empleador así los aceptó sino además porque de ellos obra senda prueba documental en el proceso (fls 14 a 16; 19 a 62; 69 a 86 y 159 a 163).

Pues bien. Aunado a la documental, al proceso se arrimaron las declaraciones de los señores **Jairo Quiroz Delgado, Arnold Cantillo Vergara, Francisco Javier Lemus Quintero y Bernardo Ortiz Mejía**, quienes manifestaron:

Jairo Quiroz Delgado señaló que es Técnico Eléctrico de Camiones en el Cerrejón, y que hace parte de la organización sindical de SINTRACARBON; que desempeña sus actividades en Albania-Guajira; que según la Convención Colectiva de Trabajo, cuando un trabajador de Carbones del Cerrejón Limited debe realizar labores fuera de su área habitual de trabajo, se le deben pagar viáticos, lo que incluye el desplazamiento, alojamiento, y alimentación; que la demandante se le ordenó trabajar en la ciudad de Cartagena en un remolcador que estaba en ese momento en reparación; que cuando regresa, el demandante se ve involucrado en una queja anónima, se hizo una investigación, y ésta determina su responsabilidad; que el actor fue llevado a descargos; que en el trámite hubo una violación al debido proceso y al derecho a la defensa, en la medida que se abrió una investigación de la que el demandante nunca fue notificado, por demás que, se demostró que si bien la empresa Marsol no tiene una línea directa entre Riohacha y la ciudad de Cartagena, fue incorporada una versión libre y espontánea de unos señores que trabajan en la terminal de transporte de Riohacha, que se le conocen como revoliadores (que su trabajo es cargar de pasajeros los buses, las busetas y los carros puerta - puerta), en la que manifiesta que si bien la empresa tiene registrado una línea de Palomino a Barranquilla, eso no impide que ellos puedan enviar algunos pasajeros de la ciudad de Riohacha hasta Palomino y ahí ellos hacen el transporte hasta la ciudad o destino donde vaya el trabajador, para el caso del demandante, hasta Cartagena, expidiéndoles el correspondiente tiquete; que de Riohacha a Cartagena no existe línea de transporte directo, pero un transporte particular por parte de Marsol de Riohacha - Cartagena era una opción válida para que el demandante en cumplimiento de una orden de su empleador, se transportara; y

que el actuar del empleador generó un impacto psicológico fuerte al demandante, pues además del impacto económico, la sanción tiene unas implicaciones con la idoneidad del trabajador, compromete su honorabilidad.

Por su parte, **Arnold Cantillo Vergara** señaló que era Técnico -Marinero de Cubierta en el Cerrejón; que conoce hace más de 16 años al actor; que como organización sindical estuvo atendiendo los descargos del demandante, que luego de la llamada a descargos, la Convención Colectiva de Trabajo, establece la posibilidad de apelar; que el demandante en su versión señaló que fue convocado para asistir a Cartagena, para lo que tomó un vehículo de la empresa Marsol, y ahí el conductor o el ayudante le dio unos tiquetes, para que el posteriormente tuviera la posibilidad de que le reembolsaran el dinero que él había gastado; que conforme a la Convención Colectiva de Trabajo, se le debió suministrar información al trabajador para que éste estuviera atento de la investigación preliminar que se le estaba haciendo por parte del control interno de Cerrejón; ; que en la convención colectiva se tiene un punto sobre viáticos laborales, en donde el trabajador hace una solicitud de estos, de modo que, previamente el trabajador los asume y luego, presenta una cuenta de cobro con los soportes a su superior inmediato; que el demandante de su dinero hizo el trámite que tiene que ver con el transporte; que conseguir transporte de Riohacha a Cartagena es inusual, dado a las condiciones particulares del Departamento de la Guajira, pero hay mucho vehículo informal que colocan en la terminal de transporte para poder trasportar a los pasajeros para remitirlos a una ciudad que puede ser próxima, como Palomino o Santa Marta; que Marsol tiene una línea informal de la ciudad de Riohacha a Cartagena, lo que hacen los revoleadores, esto es, los que llenan los carritos; que ha visto la línea de Riohacha a Cartagena en algunos casos; que el actor usó el transporte por la premura de atender a cabalidad sus funciones y estar a tiempo a la hora en su sitio de trabajo; y que para el demandante, la acción que tomó la empresa fue

bastante desconcertante, pues se sintió bastante traumatado y bastante sorprendido de que le hayan abierto esa investigación preliminar por parte de control interno, pues le señalaron un presunto fraude pese a que no hubo dolo alguno, y más bien como Marsol lo llevó al sitio del trabajo había obviamente un ahorro, por lo menos en taxis.

Francisco Javier Lamus Quintero adujo que es empleado del Cerrejón y ocupa el cargo de Superintendente de Operaciones Marinas desde julio de 2017; que está encargado de todo lo que es la operación marina y el mantenimiento de los equipos marinos; que la relación con el demandante es la de compañero de trabajo, y que él trabaja en la sección de operaciones marinas, como Maquinista asignado al remolcador de Maicao; que el demandante fue asignado para realizar un trabajo en Cartagena, que por lo anterior, fue trasladado a Cartagena, lo que implica que se tenga que dar a la persona viáticos y costear gastos adicionales; que la compañía tiene a través de la Convención Colectiva de Trabajo contemplado el pago de viáticos laborales por concepto de alimentación, alojamiento y transporte interno; que en el caso específico, se enteró de los hechos porque el actor le presentó una cuenta gastos con unos recibos por transporte intermunicipal que no están contemplados en la convención; que se presentó un recibo de la ruta Cartagena-Riohacha que generó dudas, sin embargo, se le da trámite al pago; que el procedimiento de la empresa dice que ante una situación presuntamente irregular se debe reportar la situación a Control Interno, para que ésta inicie la verificación; que Control Interno verificó que no existe la ruta Riohacha-Cartagena por parte de la empresa Marsol, y envía un recibo y una carta de la empresa, en la que dice que la ruta no existe; que por lo anterior, se dio trámite al procedimiento administrativo contemplado en la Convención Colectiva de Trabajo, se llamó al actor a descargos y una vez verificada su conducta, se le impone una sanción de ocho días; que la duda consistió en que mirando las rutas de Marsol, se verificó que no llegaba a Riohacha y había una

presentación de un recibo de esa empresa; que el demandante en los descargos presentó un relato de un señor que era como representante de la empresa o alguien le había vendido ese tiquete con ese valor; que Marsol entregó una carta, en la que certificaba que no tenía la ruta Riohacha- Cartagena; que la conducta está plasmada en la Política de Ética que tiene la compañía, en donde dice que se deben presentar documentos que sean coherentes con la realidad, empero, lo que se verificó fue que el recibo no correspondía con la realidad, y no había prueba de los gastos que el actor había presentado.

Finalmente, **Bernardo Ortiz Mejía** explicó que es Especialista de Control Interno en el Cerrejón; que conoció el caso del actor, que tuvo conocimiento del expediente, pero no participó directamente en la investigación de control interno; que no existe excepción para incumplir la Política de Ética; que conoció que control interno indagó a Marsol sobre los tiquetes, quien contestó que no tenía ruta entre Riohacha- Cartagena, y que por lo tanto ellos no habían expedido ese tiquete; que dentro del proceso de descargos se acostumbra a entregar toda la documentación que respaldan los cargos; que no sabe la información que se le entregó al demandante; y que el trabajador tiene libertad para escoger el medio de transporte para ir a cumplir las funciones a otro ciudad.

Pues bien. Lo primero que debe ser objeto de aclaración es que la acción de suspender el contrato de trabajo, se encuentra estipulada en el ordenamiento legal como sanción, concretamente en el artículo 112 del C.S.T.; y que se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 114 ejusdem, esto es, que *“el empleador no puede imponer a sus trabajadores sanciones no previstas en el reglamento, en pacto, en convención colectiva, en fallo arbitral o en contrato individual”*, ya que, en la cláusula decima quinta del contrato de trabajo se señaló que *“en el presente contrato se entienden incorporadas en lo pertinente, las normas legales sobre la materia y las establecidas por LA COMPAÑÍA en los*

Reglamentos Interno de Trabajo y de Higiene y Seguridad Industrial, y en las Políticas corporativas sobre Etica en los Negocios, Conflicto de Intereses, Uso de Alcohol y Drogas, Posiciones Directivas, Acoso y Salud, y Seguridad y Medio Ambiente, normas que EL TRABAJADOR declara haber recibido, conocer y obligarse a cumplir” (fls. 159 a 163).

Así las cosas, en virtud del contrato de trabajo cualquier estipulación legal, como sería en este caso, la posibilidad de imponer la sanción de suspensión del contrato de trabajo, quedó incorporada al contrato de trabajo, por demás que en este también se hizo alusión a las Políticas corporativas sobre Ética en los Negocios; normas que el trabajador en consecuencia está obligado a acatar, por lo que, se procederá a verificar si se evacuó en debida forma el procedimiento para efectuar la suspensión temporal del contrato de trabajo del trabajador demandante.

Pues bien, lo primero por resaltar es que en la Convención Colectiva de Trabajo 2016-2017 celebrada entre SINTRACARBON y la empresa demandada, se estableció en capítulo VII un procedimiento para cargos y descargos, en el que se señala lo siguiente:

CAPÍTULO VIII. PROCEDIMIENTO DE CARGOS Y DESCARGOS

ARTÍCULO 102. PROCEDIMIENTO DE CARGOS Y DESCARGOS

Quando EL EMPLEADOR considere que un trabajador beneficiario de la CCT ha cometido una falta que viola alguna norma legal, contractual o reglamentaria antes de aplicar cualquier sanción disciplinaria o proceder a un eventual despido seguirá el siguiente procedimiento:

A. Dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho, materia del cargo, el Supervisor inmediato notificará del mismo al trabajador inculcado, con copia a EL SINDICATO, señalando el lugar y la fecha en que dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes a la notificación anterior, deberán ser escuchados sus descargos, diligencia en la cual estará asesorado y asistido, por dos (2) representantes de EL SINDICATO y de la cual se extenderá un acta firmada por los que en ella intervengan.



De igual manera, la notificación deberá contener los hechos materia del cargo y el número de los artículos de las normas legales, contractuales o reglamentarias que en ese momento se presume el trabajador ha violado. Es entendido que el motivo del cargo alegado inicialmente no podrá ser cambiado en ningún caso.

El supervisor inmediato del trabajador hará constar en el acta de descargos los factores atenuantes para la aplicación de una eventual sanción disciplinaria o despido.

En ningún caso, la diligencia de descargos tendrá lugar dentro de los dos (2) días hábiles inmediatamente siguientes a la notificación de la falta al trabajador. Cuando debido a la naturaleza del hecho materia del cargo, en que un trabajador haya incurrido en un hecho excepcional posiblemente sancionable o meritorio de un despido y EL EMPLEADOR no haya podido conocer la posible responsabilidad del trabajador, los cuatro (4) días para llamar a descargos se contarán a partir del momento del conocimiento del mismo. Lo expuesto en este inciso no se aplicará en los hechos excepcionales ocurridos con anterioridad a los últimos dieciocho (18) meses contados retroactivamente desde la fecha en que EL EMPLEADOR conoce del hecho y hasta la ocurrencia del mismo.

B. Escuchados los descargos del trabajador, o cuando el trabajador no presentare sus descargos en la fecha señalada por el supervisor, sin causa que lo justifique, EL EMPLEADOR podrá disponer la sanción disciplinaria o efectuar el despido, lo cual debe ser comunicado al trabajador dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes a la fecha en que se practicó la última diligencia de acuerdo con este procedimiento o contados a partir de la fecha en que el trabajador debió concurrir a presentar sus descargos y no lo hizo.

En ambos eventos EL EMPLEADOR dará copia de la actuación a EL SINDICATO.

C. Si el trabajador no estuviere de acuerdo con la sanción disciplinaria impuesta, podrá apelar ante el jefe inmediato de su supervisor dentro del término de dos (2) días hábiles siguientes de habersele comunicado, presentando su reclamo y escogiendo sólo una de las dos (2) opciones siguientes:

OPCIÓN No.1 DE APELACIÓN:

Por escrito, ante el jefe inmediato de su supervisor y deberá ser resuelta dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de su presentación.

OPCIÓN No.2 DE APELACIÓN:

Por escrito, solicitando se lleve a cabo una reunión para revisar su caso ante el jefe inmediato de su supervisor, con la participación de un funcionario de la Vicepresidencia de Recursos Humanos, y un directivo sindical o un afiliado a EL SINDICATO que éste designe. Esta reunión se llevará a cabo dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de haberse interpuesto la apelación y en la fecha y lugar señalado por escrito al trabajador por el jefe inmediato de su supervisor.

En ningún caso, esta reunión tendrá lugar dentro del primer día hábil inmediatamente siguiente a la notificación efectuada al trabajador.



El jefe inmediato de su supervisor resolverá y dará respuesta por escrito al trabajador con copia a EL SINDICATO, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la reunión de apelación.

Las sanciones derivadas por retardos y faltas al trabajo sin justa causa solamente podrán ser apeladas utilizando la opción No.1 de apelación.

Se entiende que estos recursos de apelación no podrán interponerse en los casos de despido.

D. La sanción disciplinaria deberá hacerse efectiva a más tardar dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes a la fecha en que se comuniquen la decisión definitiva, a menos que este término se interrumpa por incapacidad o cualquier otro evento justificado que le impida al trabajador asistir al trabajo, en cuyo caso se cumplirá cuando cese el motivo de interrupción del trabajo.

No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación al procedimiento de cargos y descargos establecido anteriormente (literales A, B, C y D) en este artículo.

PARÁGRAFO PRIMERO:

Las cartas de llamadas a descargos y las cartas de llamadas de atención no se considerarán como sanción disciplinaria.

PARÁGRAFO SEGUNDO:

Para efectos de este procedimiento se considerarán como días hábiles aquellos en los cuales el trabajador preste el servicio en los turnos previamente asignados.

PARÁGRAFO TERCERO: Excepciones

A. Los procedimientos establecidos en este artículo no serán aplicables cuando la causal invocada para el despido del trabajador se encuentre contemplada en el literal A, numerales 7, 14 y 15 del artículo 7° del D. L. 2351 de 1965; En los casos de cese ilegal de actividades declarados por la autoridad competente se actuará de acuerdo a la constitución y la ley.

B. Cuando la falta invocada para una eventual sanción disciplinaria o despido se encuentre contemplada en el Literal A, numerales 2 y 4 del artículo 7° del D. L. 2351 de 1965 y los numerales 2 y 3 del Artículo 60 del C.S.T. correspondientes al numeral 1o. literales b) y e) del artículo 14 y literales a) y j) del artículo 72 del Reglamento Interno de Trabajo respectivamente, se seguirá el siguiente procedimiento, sin perjuicio que EL EMPLEADOR utilice el procedimiento de descargos previsto en la parte inicial de este artículo:

Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho, previa citación que haga el supervisor inmediato, deberán ser escuchados los descargos en una reunión con la participación de dos (2) representantes de EL SINDICATO, un (1) funcionario de la Vicepresidencia de Recursos Humanos y el Jefe del Supervisor Inmediato del trabajador inculpaado y de la cual se extenderá un acta firmada por los que en ella intervengan. Escuchados los descargos del trabajador o cuando este no se presentare a rendirlos en la fecha señalada por EL EMPLEADOR, sin causa que lo justifique, EL EMPLEADOR tomará la decisión definitiva.

No producirá ningún efecto la sanción disciplinaria impuesta con violación al procedimiento establecido en el presente literal B del parágrafo 3 de este artículo.

En todo caso EL EMPLEADOR dará copia de la actuación a EL SINDICATO.



C. En el caso del artículo 60 numeral 4 del CST si la ausencia del trabajador es superior a tres (3) días, se citará a descargos vía telegrama con copia a EL SINDICATO.

PARÁGRAFO CUARTO:

Cuando los hechos que originan una llamada a descargos se relacionaren con la violación de procedimientos o la ocurrencia de un accidente de trabajo, EL EMPLEADOR presentará las partes del reglamento que se considere violado o del informe del accidente de trabajo, y también podrá presentar cualquier otra prueba relacionada con los hechos materia de la investigación.

PARÁGRAFO QUINTO:

Todo despido con fundamento en una justa causa, salvo los indicados en el literal A del parágrafo tercero de este artículo, será sometido al procedimiento de cargos y descargos que le corresponde, sin que la violación de los plazos conlleve a la anulación del despido; sin embargo, en ningún caso un despido por justa causa podrá efectuarse con posterioridad a doce (12) días hábiles después de la fecha en que debió practicarse o se practicó la última diligencia del procedimiento de cargos y descargos.

Revisado el capítulo de la convención colectiva, al que se viene refiriendo la Sala debe concluirse que dicho procedimiento cumple con los parámetros establecidos en la sentencia C-539 de 2014, por lo que, se procederá a verificar si se cumplió, observando lo siguiente:

i) Se tiene que el empleador dentro de los cuatro días hábiles siguientes a la **comisión de la falta** debe notificar al trabajador y al sindicato, señalándole el lugar y fecha en que dentro de los cuatro días hábiles siguientes a la notificación, deberán ser escuchados sus descargos; no obstante, encuentra la Sala que la comisión de la falta ocurrió cuando el trabajador presentó las facturas presuntamente falsas, esto es, el 20 de julio de 2017, por lo que, tenía hasta el 24 del mismo mes y año (cuarto día hábil) para notificarle la presunta falta al trabajador y al sindicato, pues los días del 21 al 24 de julio de 2017 fueron laborados por el actor, según la constancia obrante a folio 186; empero, esto ocurrió hasta el 05 de agosto de 2017.

Del mismo modo, y si se considerara que el término no se debe contar desde la comisión de la falta, sino desde la **fecha en que el empleador tuvo conocimiento de esta**, en razón a que el empleador puede tomarse el tiempo que considere para constatar el nivel de gravedad o la responsabilidad del trabajador conforme

lo establecido convencionalmente, se arribaría a igual conclusión, pues la empresa demandada alega que tuvo certeza de la presunta responsabilidad del actor con la certificación emitida por la empresa Marsol Transportes S.A.S., lo que acaeció el 26 de julio de 2017, por lo que se tenía hasta el 02 de agosto de 2017, empero, como quedó visto, se llamó a descargos el 05 del mismo mes y año. Frente al punto y para despachar el argumento de la apelación de la pasivadebe advertirse que no existe constancia de turnos desde el 26 de julio de 2017, por lo que, para calcular tales días hábiles se tomó los días de lunes a viernes, e inclusive de tal manera no se alcanzó a demostrar su presentación en tiempo.

ii) La Convención Colectiva de Trabajo 2016-2017 establece que una vez escuchados los descargos, el empleador tenía cuatro días para comunicar la sanción, no obstante, el demandante rindió descargos el 08 de agosto de 2017 y sólo hasta el 19 del mismo año y mes se impuso la sanción, sin que se demostraran los días hábiles en que laboró el trabajador desde el 26 de julio de 2017, como quedó dicho en el punto anterior.

iii) El empleador tenía un término máximo de cuatro días hábiles para pronunciarse sobre la apelación. Se tiene que esta se presentó el 21 de agosto de 2017 y se desató sólo hasta el 01 de septiembre del mismo año, esto es, aproximadamente el octavo día hábil, se reitera, que no se demostraron los días hábiles que laboró el trabajador desde el 26 de julio de 2017, como quedó dicho en los puntos anteriores.

Así las cosas, la Sala comparte la decisión de la juez A Quo en este punto, al evidenciar que la sanción impuesta no se ajustó al procedimiento establecido convencionalmente, lo que tiene como efecto según la misma Convención Colectiva de Trabajo 2016-2017 (art. 102) dejar sin efectos la pluricitada sanción, esto es, la suspensión del contrato de trabajo.

Del mismo modo, y en gracia de discusión evaluado en conjunto el recaudo probatorio, considera la Sala que tampoco se encuentra debidamente acreditada la sanción impuesta, ya que, se imputó con fundamento en la certificación expedida el 26 de julio de 2017 por la sociedad Marsol Transportes S.A.S., quien únicamente señaló que *“nunca ha operado ni prestado servicio de transporte de pasajeros en servicio colectivo en la ruta Riohacha-Cartagena”*, no obstante, las facturas allegadas hacen alusión a servicio de microbuses, así como establece entre sus rutas la de Cartagena, por lo que, era necesario indagar si el servicio colectivo a que hacían alusión incluía el de microbuses, pues nada impide que dicha empresa de transporte prestara algún tipo de servicio especial.

Del mismo modo, los testigos Jairo Quiroz Delgado y Arnold Cantillo Vergara son contestes en manifestar la posibilidad de tomar transportes especiales ante la complejidad en la movilización en el Departamento de la Guajira, así como que el último testigo ha tomado tales servicios y da fe de su existencia; lo que además se corrobora con la declaración extraprocésal del señor Julián David Franco, quien dio cuenta en su calidad de Revoleador del servicio puerta-puerta que se presenta en el terminal de Riohacha, que lleva 25 años prestando ese servicio, que muchas veces el transporte se presta a través de servicios particulares, y que son ellos los que se encargan de hacer tal contacto; declaración frente a la que no se solicitó ratificación.

Asímismo, resulta oportuno destacar que la convención colectiva no establece un específico medio de transporte para reconocer viáticos, conforme al artículo 31 convencional, lo que fue corroborado por el testigo Bernardo Ortiz Mejía; y que el testigo Francisco Javier Lamus Quintero tan sólo señala, al respecto, que la documentación debía ser acorde a la realidad, sin embargo, y como quedó visto no se demostró que el accionante hubiera incurrido en algún tipo de fraude o falsedad al momento de legalizar sus viáticos.

Finalmente, considera necesario la Sala subrayar que la sanción impuesta por el empleador que no es dable determinar si se observó lo consignado en el Reglamento Interno de Trabajo, pues este no se arrimó al plenario; de manera que no hay forma de establecer si de acuerdo con este compendio normativo la sanción fue proporcional a la conducta en que incurrió el trabajador, carga probatoria que también le incumbía al empleador.

PERJUICIOS MORALES.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que el daño moral debe ser analizado desde dos perspectivas, los objetivados y subjetivados, respecto de los que en las sentencias del 06 de julio de 2011, rad. 39867, y SL4794-2018 reiterada en la SL1900-2021, se dijo «*Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir.*»

En cuanto a su liquidación, la aludida Corporación ha dicho de manera pacífica, que es menester aplicar las reglas de la experiencia, pues su tasación se hace al «*arbitrium judicis*», lo que significa que el juzgador está la capacidad de tasar libremente el monto de dicha indemnización, tal y como se dijo en las sentencias SL10194-2017 y SL17547-2017.

De esta manera, para la Sala es claro que para que haya lugar a imponer estos perjuicios es necesario que aparezca demostrado el daño, ya sea, objetivado o subjetivado, no obstante, la prueba arrimada al plenario es insuficiente para demostrar las repercusiones económicas que se generaron como consecuencia de las angustias o trastornos síquicos, así como los

aspectos sentimentales, afectivos y emocionales, pues únicamente para tal efecto comparecieron los testigos Jairo Quiroz Delgado y Arnold Cantillo Vergara, quienes narran someramente que tal situación comprometió la honorabilidad del trabajador, sin embargo, no explican de manera concreta el impacto psicológico que tuvo en su vida, o si tal situación generó en el fuero interno del actor algún tipo de menoscabo en su salud mental y/o emocional, razón por la que en el punto también se acompañará la decisión del A Quo.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VI. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

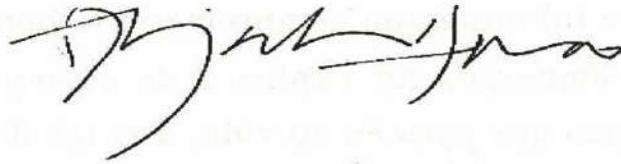
SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Demandante: **SALATHIEL JOSÉ SOTILLO JULIO.**

Demandado: **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED.**

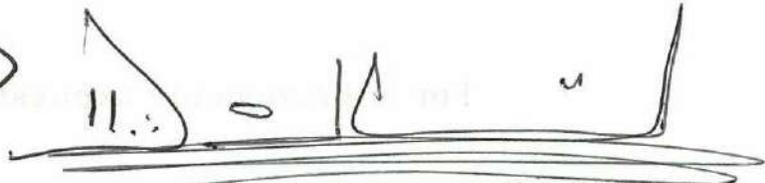
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.
Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo de Pensiones y Cesantías

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

Santander, hoy PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PROTECCIÓN S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad de los valores obtenidos en virtud de la vinculación del demandante, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, y cualquier otra suma que hubieran recibido; y que COLPENSIONES reactive su afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A. (fls. 186 a 207), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, y la innominada o genérica.

PORVENIR (fls. 219 a 226), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras afirmar que la mayoría de hechos no eran ciertos o que no le constaban y en su defensa propuso se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de legitimación en la causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

COLPENSIONES (fls. 249 a 262), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado, inobservancia del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 03 de junio de 2021, en la que dictó **declaró ineficaz** el traslado que de régimen pensional realizó el demandante del ISS a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.; ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos; ordenó a PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos gastos de administración; ordenó a COLPENSIONES que acepte al actor, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PROTECCIÓN S.A.

Indicó que no es dable que la entidad asuma los gastos de administración y los seguros previsionales, lo que permite que se establezcan dos panoramas, el primero, que en virtud de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

declaratoria de ineficacia lo congruente es remitir los aportes, no siendo así con los rendimientos, ya que, de tenerse que no existió la afiliación, es como si estos no se hubieran causado, y el segundo, es asumir que el actor estuvo sin solución de continuidad en el régimen de prima media, por lo que, en tal escenario en todo caso se hubieran descontado gastos de administración y los porcentajes a seguros previsionales; que de no tenerse en cuenta lo anterior, se estaría generando un doble erogación por el mismo concepto; que no se ha causado detrimento patrimonial al actor, pues éste se ha beneficiado de la afiliación que tuvo con PROTECCIÓN, pues se han generado más de \$181'000.000 por concepto de rendimientos, los que superan por mucho los que hubiera generado COLPENSIONES; y que los rubros impugnados fueron destinados de conformidad con lo establecido por el legislador colombiano.

PORVENIR S.A.

Señaló que carece de legitimación en la causa, por cuanto no fue la entidad que efectuó el traslado de régimen del actor, sólo aceptó su traslado de PROTECCIÓN S.A.; que no debe devolver los gastos de administración, por cuanto no participó en la afiliación inicial del actor, por demás que éste estuvo cubierto en los riesgos de invalidez y muerte, y los gastos de administración y seguros previsionales también hubieran sido objeto de cobro en COLPENSIONES, pues son inherentes al sistema pensional; y que no se deberían devolver los rendimientos, porque estos obedecen a la buena gestión de la AFP.

COLPENSIONES.

Explicó que se invirtió la carga de la prueba, sin tener en cuenta la sentencia T-422 de 2011; que el demandante es quien debió preocuparse por su futuro pensional, máxime cuando se encuentra afiliado al RAIS desde 1999; que la sentencia atenta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

contra el principio de sostenibilidad financiera al obligar a Colpensiones a tener una persona que lleva más de 20 años en el RAIS, quien además ya cumplió la edad pensional.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de la *Consulta*. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de PROTECCIÓN S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, salvo lo relativo a la Consulta de la entidad pública.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (**SL1688-2019, Rad. 68838**), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

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

(...) Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(…)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(…)”

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

DEL CASO CONCRETO

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 01 de enero de 1995 presenta aportes en ésta entidad (fl.242 a 246); **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Colmena Cesantías y Pensiones hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de mayo de 1999 (fl.154); **iii)** El 25 de junio de 2002 migró a PORVENIR S.A., y el 30 de abril de 2003 se trasladó a Pensiones y Cesantías Santander hoy PROTECCIÓN (fl.36); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 06 de junio de 2018, ante las entidades demandadas, pero le fue negada tal posibilidad por parte de éstas (fls.31 a 35, 37 y 38).

A folio 154 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 27 de mayo de 1999 con Colmena Cesantías y Pensiones hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

¹ Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado."SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por el actor en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Del mismo modo, el argumento atinente a que para la época en que el demandante efectuó el traslado de régimen no era obligatorio dejar prueba adicional más que el formulario de afiliación, no es de recibo, pues como se dejó sentado en precedencia, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, artículos 13 literal b), 271 y 272, así como el artículo 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, se dejó sentado el deber de información a la AFP, sin olvidar las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal obligación que bien pudo haberse demostrado con cualquier medio probatorio consagrado en la legislación, como en antecedencia se dijo.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso Colmena Cesantías y Pensiones hoy PROTECCIÓN S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor CRUZ MÁRQUEZ en el traslado que este realizó en mayo de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que las entidades que manejaron la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., deberán devolver a la administradora del R.P.M.P.D. todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, bonos pensionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174.

De conformidad con lo anterior, considera esta Sala que las motivaciones que se exponen en las sentencias precedentemente referidas, le brindan al fallador de primer grado razones para incluir no sólo los gastos de administración sino los demás valores que hubieran recibido, tales como, seguros previsionales, bonos pensionales, y dineros para el fondo de garantía de pensión mínima; rubros que deben asumir PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

S.A. a cargo de su propio patrimonio, conforme al precedente expuesto, debidamente **indexados**, tal como lo ordenó el A Quo, , como quiera que se hace necesaria la actualización de tales valores; reajuste que se encuentra acorde a lo dispuesto en la sentencia SL1689-2019, en la que se dispuso igual condena, y se ha venido realizando en pronunciamientos más recientes, como el contenido en las providencias SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras.

Por tanto, se **MODIFICARÁ el numeral tercero de la sentencia a fin de ACLARAR** que dentro de los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, además de los gastos de administración, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., debe reintegrar a COLPENSIONES de su propio patrimonio e indexados, **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

De igual manera y, atendiendo el argumento presentado por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

asumen los cargas que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, PORVENIR S.A. expuso en su recurso el hecho de que es un tercero en el negocio jurídico celebrado entre el accionante y PROTECCIÓN S.A. y que con su devolución a esa entidad se causa un daño, por lo que debe traerse a colación el **principio de la relatividad jurídica**, figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016² (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».³

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien PORVENIR S.A., así como COLPENSIONES son terceros que nada tuvieron que ver en el acto celebrado entre el demandante y PROTECCIÓN S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlos, pues PORVENIR S.A., como quedó visto, no sólo debe responder por los valores que estuvieron a su cargo mientras existió la afiliación con el actor, más aún si se tiene en cuenta que ésta entidad pudo advertir las consecuencias del traslado inicial del actor cuando migró a tal entidad, y revertir tal circunstancia, lo que no demostró. En cuanto a COLPENSIONES está obligada a recibir al accionante, lo que no impide que en todo caso efectúe las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción** se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado, tal como lo

³ Ibidem.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.
Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

indicó entre otras en la SL 1688-2019 Rad. 68838, en la que expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Así la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los demás rubros ordenados en esta instancia, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de **ACLARAR** que dentro de los deterioros sufridos por los recursos administrados al señor **EDWIN CRUZ**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-014-2019-00016 -01.
Demandante: **EDWIN CRUZ MÁRQUEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.**

MÁRQUEZ, además de los gastos de administración, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., deben reintegrar a COLPENSIONES de su propio patrimonio e indexados, **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia

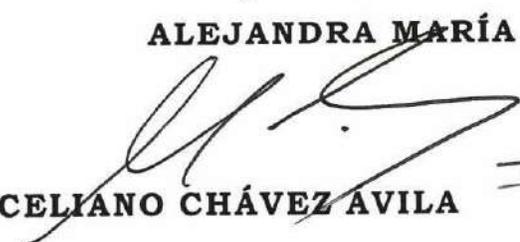
TERCERO. - Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ AVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho, la suma de \$450.000 a cargo de cada una de las entidades demandadas, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310501820170075901
Demandante: **LUZ ESPERANZA CUELLAR GÓMEZ**
Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandante, la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de abril de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ ESPERANZA CUELLAR GÓMEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310501820170075901

Demandante: **LUZ ESPERANZA CUELLAR GÓMEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de la A.F.P. Colmena (hoy Protección S.A.), así como que es beneficiaria del régimen de transición.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos aportes realizados por la actora, a esta última a reconocer y pagar una pensión de vejez, con su correspondiente retroactivo por el periodo comprendido entre el 01/08/2015 y el 01/08/2016, al pago de las diferencias pensionales causadas y las pagadas por Colfondos S.A. desde el 01/08/2016 y a Colfondos S.A. a que pague los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, narró, en síntesis, que: **1)** Nació el 30 de noviembre de 1957 y cuenta con 60 años; **2)** Se afilió al ISS el 01/06/1976 y cotizó 746 semanas hasta el 30/09/1999; **3)** El 18/08/1999 firmó formulario de afiliación al fondo de pensiones y cesantías Colmena hoy Protección S.A.; **4)** Para la fecha del traslado contaba con más de 750 semanas cotizadas; **5)** Se trasladó de régimen de pensiones pero Colmena no le informó las consecuencias del traslado, como por ejemplo la pérdida del régimen de transición; **6)** En el mes de junio de 2001 firmó formulario de traslado a Colfondos S.A.; **7)** El 19 de octubre de 2005 firma solicitud de traslado a Skandia hoy Old Mutual; **8)** En el mes de septiembre de 2011 firmó formulario de traslado a Colfondos S.A.; **9)** A

Código Único de Identificación: 11001310501820170075901

Demandante: **LUZ ESPERANZA CUELLAR GÓMEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

octubre de 2015 completó aproximadamente 1567 semanas cotizadas; **10)** La AFP Colfondos S.A. el 11 de julio de 2016 le reconoció la pensión de vejez por valor de \$1.308.000 a partir de julio de 2016 bajo la modalidad de retiro programado; **11)** Colfondos S.A. no reconoció ningún tipo de retroactivo pensional e inició a pagar las mesadas a partir de agosto de 2016.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PROTECCIÓN S.A. (Fls. 177 a 190), contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones contra esta incoadas, declarando que los hechos no eran ciertos o no le constaban, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación a Colmena hoy Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A. (Fls. 191 a 230), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica.

COLPENSIONES, (fls. 245 a 274), en oportunidad contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de

costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

OLD MUTUAL S.A., (fls. 362 a 389), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó pago, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A. (fls. 399 a 411), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de fondo mérito las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo dictó sentencia **absolutoria**. Para arribar a tal decisión, citó la sentencia SL 373 de 2021 donde la Sala de Casación Laboral expone la imposibilidad del traslado cuando el (la) demandante se encuentra pensionado (a), tal y como ocurre en este caso, ya que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada que no es posible retrotraer.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Argumentó que, si bien el reconocimiento de una pensión ya este consolidado en cabeza de un afiliado, no significa que este

Código Único de Identificación: 11001310501820170075901

Demandante: **LUZ ESPERANZA CUELLAR GÓMEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

no pueda ser modificado si se encuentra que hay ilegalidad o algún problema como el que se presenta en este caso al haber ineficacia por no cumplir los requisitos al momento del traslado, entre otras cosas porque, si así fuera, cuando de manera ilegal se reconoce una prestación económica como es la de una pensión, no existiría la posibilidad de iniciar acciones de revocatoria como lo establece la Ley 100 de 1993 donde se establece la acción de revisión cuando se denota que la prestación se ha reconocido afectando el tesoro público y también cuando las partes encuentran que ha habido algún delito de forma general.

Señaló que el estatus de pensionado, puede ser revisado cuando el mismo se reconoce con incumplimiento de la normatividad.

Expuso que las demandadas no demostraron cuáles de ellas y de qué forma resultaron afectadas, con lo que se está partiendo de supuestos de hecho no probados dentro del proceso, máxime cuando todos los casos son distintos.

Indicó que, resulta desigual para la accionante que su caso no se resuelva conforme otros casos similares resueltos anteriormente por la jurisprudencia.

Solicitó se verifique que dentro del proceso se indicó el valor de la mesada pensional de la actora y se debatió el valor de esta mesada, siendo el perjuicio el mayor valor que pudo haber tenido en el RPM, lo cual se relató en los hechos de la demanda y se allegaron los documentos suficientes para calcularla, con lo que el perjuicio está demostrado.

Finalmente, solicitó se absuelva de la condena en costas a la demandante, quien ha actuado de buena fe, además en principio procederían las pretensiones, pero por el cambio de

Código Único de Identificación: 11001310501820170075901

Demandante: **LUZ ESPERANZA CUELLAR GÓMEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

precedente judicial ya no se están reconociendo las pretensiones solicitadas en la acción.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 11 de agosto de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si en el caso de afiliados que se trasladaron del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que se encuentran pensionados por este último régimen, resulta posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha

señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la

obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Y en oportunidad posterior, al referirse a **la ineficacia del traslado en el caso de pensionados y de la prescripción para elevar la solicitud de perjuicios**, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, explicó lo siguiente:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al *statu quo ante*)¹, lo cierto es **que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer**, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes *y, además*, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual **la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.**

(...) **Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación.** Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un **perjuicio** en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a **valorar la totalidad de los daños irrogados** a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe **explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere**

necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el **término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.**

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado". (Negrillas por la Sala).

De lo anterior puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos de **afiliados**, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida, so pena de ser ineficaz.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en tratándose de **pensionados** el órgano de Cierre de esta Jurisdicción ha adoctrinado que la calidad de pensionado es una **situación jurídica consolidada**, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; que revertir el estatus de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; que por lo anterior, **el pensionado que se considere lesionado puede obtener su reparación a través de la solicitud de perjuicios**; y que el **término de prescripción de tal acción debe contarse desde el momento en que el accionante obtiene la calidad de pensionado.**

VI. CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., desde el 01/06/1976, según la historia laboral obrante a folios 19 a 21 y 265 a 268; **ii)** El 18/08/1999 (fl. 22 y 188) se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena (hoy Protección S.A.); **iii)** efectuó traslados horizontales dentro de administradoras del RAIS así: 1. A Porvenir S.A. el 14/03/2000 (fl. 407), 2. Luego a Colfondos S.A. el 23/03/2001 (fl. 219), 3. Posteriormente a Skandia el 19/10/2005 (fl. 378) y 4. Retornó a Colfondos S.A. el 27/08/2010 (fl. 227 y 228); **iv)** le fue reconocida pensión de vejez a partir del 03/08/2016 por parte de COLFONDOS (fl. 338 a 339) y; **v)** solicitó retornar nuevamente al RPM el 19/08/2015 ante Colpensiones, pero le fue negada tal posibilidad por esa entidad (fl. 276).

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 18 de agosto de 1999, conforme el formulario de afiliación allegado al proceso, visible a folios 22 y 188, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; de manera que, faltar al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslados, conlleva a declarar la ineficacia del acto.

No obstante pese a que no existe duda de la deficiencia en la información por parte de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., no podría declararse la ineficacia de la afiliación, por cuanto no resulta posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, por

cuanto conforme se prueba con la documental arrimada al expediente, **la actora ostenta ya la calidad de pensionada**; prestación que se reconoció por parte de COLFONDOS S.A. desde el 3 de agosto de 2016, a decir de la certificación allegada por esa entidad a folios 338 a 339, previa suscripción de “Contrato de administración de mesadas pensionales bajo la modalidad de retiro programado” (fl. 330 a 336), la cual fue aceptada por la actora expresamente tal y como da cuenta el escrito visible a folio 337, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

Así las cosas, la calidad de pensionada que ostenta la activa es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, tal como lo argumenta la activa en su recurso, que entre otras cosas, configuraría un traumatismo que afectaría, no solo a la AFP, a Colpensiones sino a terceros entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto; de modo que no se trataría solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con la afiliada, aseguradoras, A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas, que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

Conforme lo expuesto en precedencia, la actora únicamente podría obtener su reparación a través de la solicitud de **perjuicios** -pretensión que no se elevó en el presente juicio. Al respecto, ha de indicar esta Sala que de la pretensión elevada, referente a condenar a Colpensiones al pago de las diferencias de las mesadas pensionales causadas y pagadas por Colfondos

Código Único de Identificación: 11001310501820170075901

Demandante: **LUZ ESPERANZA CUELLAR GÓMEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

S.A. desde el 01/08/2016 hasta que Colpensiones ingrese en nómina de pensionados a la actora, no puede entenderse que lo solicitado es una indemnización total de perjuicios, máxime cuando solicita que estos sean cancelados por Colpensiones, entidad que resulta ser un tercero ajeno al negocio celebrado entre la afiliada y las AFP del RAIS.

Por tanto, y ante la falta de prosperidad de las pretensiones, no queda otro camino que **CONFIRMAR la sentencia,**

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. -**CONFIRMAR la sentencia** de origen y fecha conocidos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. -Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310501820170075901

Demandante: **LUZ ESPERANZA CUELLAR GÓMEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

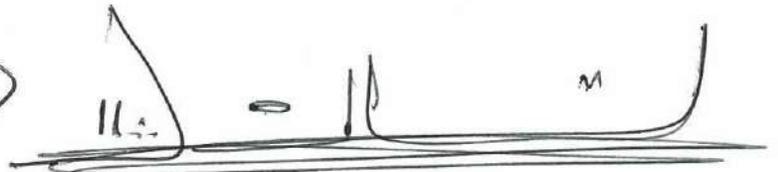
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$100.000 a cargo de la demandante y a favor de las demandadas.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00334 -01.
Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 003.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a revolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad de los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00334 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora, tales como, cotizaciones, rendimientos, e intereses; y que COLPENSIONES active la afiliación de la actora como afiliada.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumenta la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR (fls. 90 a 96), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES (fls. 119 a 126), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago de I.P.C. ni indexación o reajuste alguno, no configuración al derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración al derecho de la pensión de vejez, y la innominada o genérica.

Mediante auto del 16 de julio de 2019 (fl.143), la Juez de Primera Instancia dispuso integrar a la Litis a la **U.G.P.P.** (fls. 146 a 164), quien de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, y propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas frente a la U.G.P.P., prescripción, imposibilidad de condena en costas, y la genérica o innominada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El a quo dictó sentencia condenatoria el 27 de mayo de 2021, **declarando ineficaz** el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 10 de abril de 1997, a través de Porvenir S.A., ordenando a esta última a devolver a Colpensiones cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración. Absolvió de todas las pretensiones a la U.G.P.P. y condenó en costas a las demandadas en favor de la activa.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A.

Señaló que el deber de información se materializó con el formulario de afiliación, pues el actor era una persona capaz, siempre se le garantizó el derecho al retracto; que declarar la ineficacia de traslado no sólo constituye un desfinanciamiento del sistema pensional sino también se desconocería el principio de libertad de escogencia de régimen pensional; que no proceden las condenas por gastos de administración, debido a que estos también hacer parte del régimen de prima media, no hacen parte de los valores que se tienen en cuenta para financiar la pensión, se genera un enriquecimiento sin justa causa, y va en contravía del principio de las restituciones mutuas.

COLPENSIONES.

Indicó que para la época del traslado de la actora, la única exigencia a cargo de los fondos privados era el formulario de afiliación, no pudiéndose exigir los requisitos de una debida asesoría, pues esto nació con posterioridad y no es dable aplicar normas inexistentes al momento en que ocurrieron los hechos; que se debe tener el principio de la relatividad jurídica, los actos deben tener efectos inter partes; que la carga de la prueba establecida por la Corte Suprema de Justicia es de carácter imposible; que la actora ha estado en RAIS más de 23 años, por lo que, su traslado afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por demás que los aportes son insuficientes para financiar la pensión de la actora; que se deben retornar todos los valores que recibió la demandante, así como que solo puede actualizar la historia laboral una vez se reciban los aportes de parte del fondo privado; y que no es dable condenar en costas, ya que, ha actuado en estricto cumplimiento de la ley, no participó en el acto de traslado, y no pueden destinar recursos públicos a los fines destinados por el gobierno.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 07 de julio de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de Consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00334 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

2.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00334 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

LEGITIMACIÓN DE COLPENSIONES PARA RECIBIR LOS VALORES QUE PUDIEREN PROVENIR DEL FONDO PRIVADO EN CASO DE DECLARSE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Sobre el tópico, se tiene que a folios 30 a 45, obran formatos CLEBP que dan cuenta que la actora laboró para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desde el 01 de julio de 1981, y que desde tal fecha estuvo afiliada a la Caja de Nacional de Previsión Social- CAJANAL, sin presentar cotizaciones al I.S.S.

Al respecto, es necesario recordar que el artículo 52 de la ley 100 de 1993, establece lo siguiente:

"Artículo 52. Entidades administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta ley.

Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria"

En igual sentido, el numeral 3° del artículo 1° del Decreto 2527 de 2000, "Por medio del cual se reglamentan los artículos 36 y 52 de la Ley 100 de 1993, parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 y se dictan otras disposiciones", señala:

"Artículo 1°. Reconocimiento a cargo de las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones. Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán, reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieron el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, exclusivamente en los siguientes casos;

(...) 3. Cuando los empleados públicos y trabajadores, oficiales que a la fecha de entrada en vigencia del sistema, a nivel nacional o territorial según el caso, hubieren cumplido veinte años de servicio o contaren con las cotizaciones requeridas en la misma entidad, caja o fondo público, aunque a la fecha de solicitud de la pensión estén o no afiliados al sistema general de pensiones". (Negrillas por la Sala).

Como se aprecia, las normas referidas asignan la competencia de la administración del régimen de prima media al Instituto de Seguros Sociales, y por excepción, prevé que otros entes, tales como las cajas, fondos o entidades, administren el sistema, pero se requiere, fundamentalmente, que éstos cumplan con dos condiciones indispensables:

1. "Subsistan", es decir, que su vida jurídica perdure después de la entrada en vigor del sistema general de pensiones, para que continúen reconociendo y pagando las pensiones.

2. "Administren" el régimen, esto es, que se limiten a cumplir con una de las funciones del mismo, como es solamente la del pago de las mesadas pensionales.

En el caso objeto de análisis, no se presentan estas dos condiciones, pues por una parte, la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL no subsistió, dado que a través del Decreto 2196 de 2009 se ordenó su supresión y/o liquidación. Asimismo, el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 estableció:

“Artículo 4°. Del traslado de afiliados. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el **traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.** Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijarán las condiciones en la que se realizará dicho traslado”. (Negrillas por la Sala).

Así mismo, es necesario aclarar que CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, fue el encargado de adelantar las acciones que permitieran garantizar el trámite y reconocimiento de obligaciones pensionales y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado de cotizaciones al I.S.S.; y que CAJANAL EICE EN LIQUIDACIÓN, continuó con la administración de la nómina de pensionados, hasta cuando estas funciones fueron asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP. Al respecto, el inciso 2° del artículo 4 del Decreto 2196 de 2009, estableció:

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

“En todo caso, la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación adelantará, prioritariamente, las acciones que permitan garantizar el trámite y reconocimiento de **obligaciones pensionales** y demás actividades afines con dichos trámites, respecto de aquellos **afiliados que hubieren cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicio** para obtener la pensión de jubilación o de vejez a la fecha en que se haga efectivo el traslado a que se refiere el artículo 4° del presente Decreto, de acuerdo con las normas que rigen la materia. Igualmente Cajanal, EICE, en liquidación continuará con la administración de la **nómina de pensionados**, hasta cuando estas funciones sean asumidas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, creada por la Ley 1151 de 2007”.

En igual sentido, y a partir de la interpretación integral y sistemática de los Decretos 2196 de 2009, 5021 de 2009, 2380 de 2012 y 0575 de 2013, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en decisiones del 20 de noviembre de 2014, 10 de noviembre de 2015, 18 de mayo de 2016, 08 de junio de 2016, 08 de junio de 2016, 28 de junio de 2016 y 18 de julio de 2016, entre otros, que corresponden en su orden a las radicaciones números 2014-00228-00, 2015-00121-00, 2016-00042-00, 2016-00048-00, 2016-00071-00, 2016-00076-00 y 2016-00206-00, fijó las reglas generales de competencia en cabeza de la UGPP y de COLPENSIONES, así

“1. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que al **01 de julio de 2009**, fecha del traslado masivo al ISS de afiliados ordenado por el Decreto 2196 de 2009, **ya habían consolidado el derecho a la pensión**, por haber reunido los requisitos de edad y número de semanas o tiempo de servicios exigidos por la ley, siempre que, para entonces, estuvieran afiliadas a CAJANAL EICE.

2. Compete a la UGPP el reconocimiento y pago de las pensiones de las personas que, estando afiliadas a CAJANAL EICE **cumplieron el requisito de tiempo de servicios o número de semanas** cotizadas exigido por la ley, **y se retiraron o desafilieron** del régimen de prima media con prestación definida **antes de la cesación de actividades de la caja, para esperar el cumplimiento de la edad.**

3. En los casos en los que al **01 de julio de 2009** los afiliados se trasladaron de CAJANAL EICE al ISS **sin haber cumplido los requisitos exigidos** por la normatividad aplicable o alguno de ellos, el reconocimiento y pago de las pensiones en el régimen de prima media con prestación definida **compete a**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00334 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

COLPENSIONES, como administradora principal de dicho régimen en la actualidad.

4. En aquellos eventos en que el servidor público se **traslada voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales**, corresponde a dicha entidad (hoy COLPENSIONES), resolver de fondo las solicitudes de reconocimiento pensional”.

Por otra parte, el artículo 5° del Decreto 1068 de 1995, es claro en determinar que el responsable del pago de pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar es la entidad administradora de pensiones que haya recibido o que le hubiere correspondido recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente. Al punto, dispone la citada norma:

“Artículo 5°. Efectos de la afiliación.

(...) Será responsable del pago de las pensiones o prestaciones económicas a que haya lugar, la entidad administradora de pensiones que haya recibido o le corresponda recibir el monto de las cotizaciones del periodo en el cual ocurre el siniestro o hecho que da lugar al pago de la prestación correspondiente”.

Por tanto, y dado que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, no es "la entidad" encargada de recibir aportes o cotizaciones de los servidores públicos afiliados al régimen de prima media, y que la entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida es el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S., es ésta la entidad que en ausencia de la Caja Nacional Previsión Social- CAJANAL debió recibir las cotizaciones de la actora, en caso de declararse la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, escenario que guarda concordancia con la sentencia **SL1582-2021** proferida por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, en la que se determinó:

“De entrada se observa el yerro cometido por el Colegiado al dar por probado que si el actor no cotizó al ISS, no pertenecía al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, comoquiera que la Caja Nacional de Previsión Social, pertenecía a dicho régimen por mandato expreso del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, aspecto que por más ya fue resuelto por la Corte en un caso de similar contorno al que ocupa la Sala, donde el

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

trabajador también estaba afiliado a Cajanal, (sentencia CSJ SL, 9 de sep. 2008, radicado 31314), que reiteró la SL, 9 sep. 2008, rad. 31989), en la que se dijo:

Según se advirtió, desde el escrito demandatorio se adujo que la funcionaria de PORVENIR S. A., que realizó las diligencias para que el demandante se trasladara del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, omitió suministrarle las suficientes explicaciones y datos para el efecto, y es éste precisamente uno de los reproches que se hace al sentenciador ad quem, en el cargo que se analiza, y en el cual se tiene en cuenta que es un hecho indiscutido que el demandante nació en el año de 1934, y se corrobora con el registro de folio 11, citado en la acusación; también, que el traslado de régimen de seguridad social se produjo en la fecha anotada, 14 de marzo de 1997, cuando tenía más de 62 años de edad y se había desempeñado durante más de 19 años como servidor oficial en diversas entidades y que luego no alcanzó a sumar 500 semanas, sino solamente 92 en dicho régimen.

Esos datos atinentes a la edad del accionante, nacido en octubre de 1934 y al tiempo de servicios desarrollado en el sector oficial, por 19 años y 6 meses, los suministró el accionante al Fondo de Pensiones demandado, según se lee en los formularios de folios 14 y 20 del expediente, es decir, que la Administradora demandada, admitió una afiliación de una persona en las reseñadas condiciones, sin enterar al interesado de las reales circunstancias pensionales del régimen de ahorro individual y con consecuencias frente a la dejación del de prima media con prestación definida que traía en la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN, amén de ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993”.

DEL CASO CONCRETO

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través de CAJANAL, pues desde el 01 de julio de 1981 presenta aportes, según formatos CLEBP obrantes a folios 30 a 45; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A. el 10 de abril de 1997 (fl.100); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 03 de mayo de 2018, ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, pero le fue negada tal posibilidad por tales entidades (fls.46 a 49 y medio óptico de folio 220).

A folio 100 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de abril de 1997 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00334 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco es posible tener en cuenta el interrogatorio de las representantes legales de PORVENIR S.A. para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020.

¹ Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Ahora bien, argumenta PORVENIR S.A. en su apelación que para la época en que el demandante efectuó el traslado de régimen no era obligatorio dejar prueba adicional más que el formulario de afiliación, argumento que no es de recibo pues como se dejó sentado en precedencia, desde la expedición de la Ley 100 de 1993, Arts. 13 literal b), 271 y 272, así como el Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 se dejó sentado el deber de información a la AFP, sin olvidar las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal obligación que bien pudo haberse demostrado con cualquier medio probatorio consagrado en la legislación, como en antecedencia se dijo.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el a quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora GUTIÉRREZ RAMÍREZ en el traslado que este realizó en abril de 1997, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones- sin que para el efecto el formulario de afiliación de folio 100, tenga alcance alguno, por las razones que precedentemente quedaron expuestas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00334 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razones por las que considera esta Sala que las motivaciones que se exponen en las sentencias precedentemente referidas, le brindan al fallador de primer grado razones para incluir no sólo los gastos de administración sino los dineros para el fondo de garantía de pensión mínima, no obstante se **MODIFICARÁ el numeral tercero de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos debe devolver los **gastos de administración** así como **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00334 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

De igual manera y, atendiendo el argumento presentado por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargos que se adjudican al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, la mencionada entidad también expuso en su recurso, el hecho de que es un tercero en el negocio jurídico celebrado entre la accionante y PORVENIR S.A. y que con su devolución a esa entidad se causa un daño, por lo que debe traerse a colación el **principio de la relatividad jurídica**, figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016² (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio -explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte

² Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contractual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».³

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien COLPENSIONES es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre la demandante y PORVENIR S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, pues, pese a no participar en el acto de traslado, está obligada a recibirlo, **pudiendo en todo caso efectuar las acciones que considere con ocasión del actuar ineficaz del fondo privado.**

En lo que respecta a la excepción de **prescripción** se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por

³ *Ibidem.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-019-2018-00334 -01.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado, tal como lo indicó entre otras en la SL 1688-2019 Rad. 68838, en la que expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Así la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, en cuanto a la exoneración de **costas** de COLPENSIONES, es de anotar que, a juicio de esta Sala de Decisión, ha de revocarse la condena impuesta a esa entidad por este concepto, ya que esta resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas debido a que técnicamente es el condenado a recibir de regreso al afiliado como consecuencia lógica de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de ineficacia de traslado.

Conforme lo antes expuesto, y frente a todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que PORVENIR S.A. debe trasladar con destino a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la señora GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ, además de los aportes, rendimientos y bonos pensionales, los **gastos de administración, seguros previsionales, sumas adicionales de la aseguradora y cuotas de garantía de pensión mínima,** con cargo a los propios recursos, rubros que deberán pagarse **debidamente indexados.**

SEGUNDO. - REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia en cuanto se impuso costas a COLPENSIONES, para en su lugar, ABSOLVER a COLPENSIONES del pago de costas.

TERCERO. -.CONFIRMAR en lo demás la sentencia

CUARTO. -.Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Demandante: **GLORIA INÉS GUTIÉRREZ RAMÍREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro voto

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO